BnF Gallica

# Le droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importans de la morale, de la jurisprudence [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Pufendorf, Samuel von (1632-1694). Auteur du texte. Le droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importans de la morale, de la jurisprudence et de la politique. Tome 2 / , par le Bon de Pufendorf, traduit du latin par Jean Barbeyrac,... avec des notes du traducteur et une préface... Nouvelle édition, revue de nouveau et augmentée considérablement. 1740.

**1/** Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus ou dans le cadre d'une publication académique ou scientifique est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source des contenus telle que précisée ci-après : « Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France » ou « Source gallica.bnf.fr / BnF ».
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service ou toute autre réutilisation des contenus générant directement des revenus : publication vendue (à l'exception des ouvrages académiques ou scientifiques), une exposition, une production audiovisuelle, un service ou un produit payant, un support à vocation promotionnelle etc.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

**2/** Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

**3/** Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

**4/** Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

**5/** Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

**6/** L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

**7/** Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter
**utilisation.commerciale@bnf.fr**.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

614

[illegible]

297

A E.163.
2.

~~E.2522.
7.~~

*E.163
(C.) 2

297

~~614~~

# LE DROIT DE LA NATURE ET DES GENS,

OU

# SYSTEME GENERAL

*Des Principes les plus importans*

DE LA MORALE, DE LA JURISPRUDENCE, ET DE LA POLITIQUE.

*Par LE BARON DE PUFENDORF,*

TRADUIT DU LATIN

*Par JEAN BARBEYRAC,*

Docteur, & Profeſſeur en Droit dans l'Univerſité de GRONINGUE.

*Avec des Notes du Traducteur; & une Préface, qui ſert d'Introduction à tout l'Ouvrage.*

Nouvelle Edition, revûë de nouveau, & augmentée conſidérablement.

TOME SECOND.

BIBLIOTHEQUE ROYALE

A LONDRES,

Chez JEAN NOURS.

MDCCXL.

# TABLE
## DES
# LIVRES ET DES CHAPITRES
Contenus dans le Tome Second.

---

## LIVRE TROISIÉME.

Où il eſt traité des Devoirs Abſolus des Hommes les uns envers les autres, & des Promeſſes ou des Conventions en général.


CHAP. I. *Qu'il ne faut faire du mal à perſonne, & que ſi l'on a cauſé du* DOMMAGE, *on doit le* REPARER. Page 1

CHAP. II. *De l'obligation où ſont tous les Hommes*, DE SE REGARDER LES UNS LES AUTRES COMME NATURELLEMENT EGAUX. 22

CHAP. III. *Des* DEVOIRS COMMUNS DE L'HUMANITE'. 35

CHAP. IV. *De la fidélité inviolable avec laquelle on doit* TENIR SA PAROLE; *& des différentes ſortes d'*OBLIGATION *en général.* 69

CHAP. V. *De la* NATURE DES PROMESSES *& des* CONVENTIONS *en général.* 81

CHAP. VI. *Du* CONSENTEMENT *requis dans les* PROMESSES *& les* CONVENTIONS. 94

CHAP. VII. *De la* MATIERE *des* PROMESSES *& des* CONVENTIONS. 128

CHAP. VIII. *Des* CONDITIONS *& autres* CLAUSES *ajoûtées aux* ENGAGEMENS. 147

CHAP. IX. *Des* ENGAGEMENS *que l'on contracte* PAR PROCUREUR. 155


## LIVRE QUATRIÉME.

Où il eſt traité de la nature du Menſonge; du Serment; du droit de Proprieté; & des différentes manieres d'Acquiſition.


CHAP. I. *De l'Obligation qui concerne l'uſage de la* PAROLE. 162

CHAP. II. *Du* SERMENT. 198

CHAP. III. *Du* DROIT DES HOMMES SUR LES CHOSES, *ou les biens du monde.* 235

CHAP. IV. *De l'origine de la* PROPRIETE' DES BIENS. 242

CHAP. V. *Des choſes qui peuvent entrer en proprieté.* 269

CHAP. VI. *De l'Acquiſition par droit de* PREMIER OCCUPANT. 279

CHAP. VII. *De l'Acquiſition des* ACCESSOIRES. 297

Chap. VIII. *Du* droit *que l'on peut avoir* sur le bien d'autrui. 311
Chap. IX. *De l'*Alienation, *ou du tranſport de Proprieté en général.* 323
Chap. X. *Des* Testamens. 332
Chap. XI. *Des* Successions abintestat. 344
Chap. XII. *De la* Prescription. 361
Chap. XIII. *Des* devoirs qui resultent de la Proprieté des biens *conſiderée en elle-même, & ſurtout de ce à quoi eſt tenu un* Possesseur de bonne foi. 377

# LIVRE CINQUIÉME.

Où il eſt traité du Prix des choſes; des Contracts; des différentes manieres dont on eſt dégagé d'une Obligation; de l'Interpretation des Conventions & des Loix; & de la maniere de vuider les différends dans l'Etat de Nature.

Chap. I. *DU Prix des choſes.* 391
Chap. II. *Des Contracts en général.* 410
Chap. III. *De l'égalité qu'il doit y avoir dans les Contracts intéreſſez de part & d'autre.* 421
Chap. IV. *Des Contracts bienfaiſans ou gratuits.* 434
Chap. V. *De l'Echange; & du Contract de Vente, qui ſont les deux premieres ſortes de Contracts intéreſſez de part & d'autre.* 452
Chap. VI. *Du Contract de Louage.* 468
Chap. VII. *Du Prêt à conſomption, & des Intérêts.* 476
Chap. VIII. *Du Contract de Societé.* 495
Chap. IX. *Des Contracts où il entre du hazard.* 499
Chap. X. *Des Conventions acceſſoires.* 505
Chap. XI. *Comment on eſt dégagé des engagemens où l'on eſt entré ſoi-même.* 518
Chap. XII. *De la maniere d'interprêter les Conventions & les Loix.* 533
Chap. XIII. *Comment ſe vuident les différends ſurvenus entre ceux qui vivent dans l'état de la Liberté Naturelle.* 567

Fin de la Table des Livres & des Chapitres du Tome Second.

LE DROIT

# LE DROIT DE LA NATURE ET DES GENS.

## LIVRE TROISIÉME,

Où il eſt traité des Devoirs abſolus des Hommes les uns envers les autres, & des Promeſſes ou des Conventions en général.

## CHAPITRE PREMIER.

### *Qu'il ne faut faire du mal à perſonne, & que, ſi l'on a cauſé du* DOMMAGE, *on doit le réparer.*

### §. PREMIER.

*On ne doit jamais faire du mal aux autres*, ni en leur perſonne, ni en leurs biens.

NOUS venons d'expliquer tout ce que la Loi Naturelle preſcrit aux Hommes par rapport à eux-mêmes, & les Droits ou les Privileges qu'elle leur accorde en ce qui regarde la conſervation de leur perſonne & de leurs biens. Il faut maintenant paſſer à l'examen de leurs *Devoirs mutuels*, tant *Abſolus* que *Conditionnels*, ſelon la diviſion que nous en avons faite ailleurs (a).

(a) Liv. II. Chap. III. §. dern.

Parmi les *Devoirs Abſolus*, c'eſt-à-dire, qui obligent tous les Hommes, ſans ſuppoſer aucun établiſſement (1) humain, il faut mettre au premier rang les deux maximes ſuivantes: NE FAIRE DU MAL A

CHAP. I. §. I. (1) Ce n'eſt pas qu'ils ſoient toûjours indépendans de tout acte & de tout établiſſement humain. L'Auteur inſinue clairement le contraire, ſur la fin de ce paragraphe, dans le dénombrement des choſes auſquelles s'étend cette premiere maxime. Perſonne n'ignore auſſi, que l'on peut manquer aux Devoirs de l'Humanité, à l'égard des ſervices qui ſuppoſent quelque Convention, en refuſant, par exemple, de vendre à quelqu'un les choſes dont il a grand beſoin. Mais la raiſon pourquoi on appelle *Abſolus* les Devoirs dont il s'agit ici & dans les deux Chapitres ſuivans, c'eſt qu'ils ſont une ſuite naturelle de la conſtitution univerſelle & originaire du Genre Humain; enſorte qu'on doit les obſerver par rapport à tous les Hommes, quand même ils n'auroient avec nous d'autre relation que la conformité d'une même nature. Au lieu que les *Devoirs Conditionnels* ſuppoſant toûjours quelque Acte humain, quelque Convention, ou quelque Etat acceſſoire, n'obligent qu'en certaines circonſtances, ou par rapport à certaines perſonnes.

PERSONNE (2); &, REPARER LE DOMMAGE QUE L'ON PEUT AVOIR CAUSÉ (3).

La premiere (4) de ces maximes renferme le Devoir le plus général, le plus facile, & en même tems le plus néceſſaire. C'eſt le plus général; car il n'y a perſonne qui ne puiſſe l'exiger, ou qui ne doive le pratiquer, préciſément entant qu'Homme. C'eſt auſſi le plus facile; car il conſiſte ſimplement à (5) s'empêcher d'agir; ce qui ne coûte guéres, à moins que l'on ne ſe ſoit livré ſans retenuë à des Paſſions violentes, que la Raiſon condamne, ſurtout aux deſirs injuſtes & déréglez d'un Amour-propre exceſſif. C'eſt enfin le plus néceſſaire; car ſans la pratique d'un tel devoir il ne ſauroit y avoir de ſocieté entre les Hommes. En effet, quoiqu'on ne reçoive aucun bien d'une perſonne, & qu'elle ne daigne pas même faire avec nous une eſpece d'échange des ſervices les plus communs, on ne laiſſe pas pour cela de pouvoir vivre avec elle paiſiblement, tant qu'elle ne nous fait aucun mal. C'eſt même tout ce qu'on ſouhaite ordinairement de la plûpart des Hommes, les commerces d'offices & de bienfaits ne s'étendant guéres qu'à un petit nombre de gens. Mais le moyen de compatir avec ceux qui ne font pas difficulté de nous nuire? Certainement l'amour que la Nature inſpire à chacun & pour lui-même, & pour ce qui lui appartient, eſt ſi grand & ſi invincible, qu'on ne ſauroit s'empêcher de repouſſer, par toutes les voyes imaginables, quiconque entreprend de nous cauſer du dommage ou en nôtre perſonne, ou en nos biens. Cette maxime tend donc à mettre en ſureté, & à faire reſpecter comme autant de choſes

(2) *Nefas eſt nocere Patriæ: ergo Civi quoque; nam hic pars Patriæ eſt. Sanctæ partes ſunt, ſi univerſum venerabile eſt. Ergo & Homini: nam hic in majore tibi Urbe Civis eſt. Quid ſi nocere velint manus pedibus? manibus oculi? Ut omnia inter ſe membra conſentiunt, quia ſingula ſervari totius intereſt; ita homines ſingulis parcent, quia ad cœtum geniti ſimus. Salva autem eſſe Societas niſi amore & cuſtodia partium non poteſt.* „C'eſt „un crime de nuire à ſa Patrie; donc c'eſt auſſi un „crime de nuire à un Citoyen, qui eſt membre de „la Patrie: car ſi le tout eſt reſpectable, les Parties „le ſont auſſi. Donc il ne faut pas non-plus faire du „mal à aucun homme, puiſque tout homme eſt nô„tre Concitoyen dans une bien plus grande Ville. „Que ſeroit-ce ſi les Mains tâchoient de bleſſer les „Pieds? & ſi les Yeux, d'un autre côté, tâchoient de „bleſſer les mains? Comme donc les membres du „Corps ſont en bonne intelligence, parceque de leur „conſervation dépend la conſervation du tout, les „Hommes doivent auſſi s'épargner les uns les autres, „puiſqu'ils ſont nez pour la Societé, qui ne ſçauroit „ſubſiſter, ſi toutes les parties qui la compoſent ne „s'entr'aiment, & ne travaillent mutuellement à ſe „conſerver. SENEQUE, *De Ira*, Lib. II. Cap. XXXI. Outre ce paſſage, que nôtre Auteur rapportoit un peu plus bas, on fera bien de lire l'*Epiſt.* XCV. page 464, *& ſeqq.* Edit. Lugd. Batav. 1672. & l'*Epiſt.* CIII.

(3) On peut rapporter tous les Devoirs de la *Sociabilité* à ces trois généraux. 1. *Ne faire du mal à perſonne.* 2. *Empêcher le mal dont les autres ſont menacez.* 3. Et enfin *leur faire du bien poſitivement.* Trois principes feconds d'où decoulent une infinité de conſequences particulieres, ſelon la diverſité des objets. Nôtre Auteur traite ici du premier. Il parlera des deux autres à la fois dans le Chapitre III. de ce Livre. TITIUS *Obſerv.* CLI.

(4 L'auteur ne faiſoit qu'une ſeule maxime de ces deux, & il diſoit ſimplement, *cette Maxime.* Mais, comme tout le monde le voit, ce paragraphe ne regarde que la circonſpection à éviter de faire du mal à autrui; & pour prouver que ce Devoir eſt très facile, l'Auteur dit, qu'il *conſiſte uniquement à ne point agir:* or la reparation du Dommage n'eſt pas ſans contredit, une ſimple inaction. D'ailleurs, au commencement du paragraphe ſecond, on deduit manifeſtement de la maxime dont il a été traité dans le premier, celle qui ordonne de reparer le Dommage. Nôtre Auteur n'a pas laiſſé gliſſer la même inexactitude dans ſon Abregé *des Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. VI. §. 2, 3, 4. Mais je ſuis ſurpris qu'il ne l'ait point corrigée dans les dernieres Editions de ſon grand Ouvrage. Ceux qui aiment la netteté & l'exactitude auroient eu ſujet de ſe plaindre de moi, ſi j'avois conſervé religieuſement dans ma Traduction une bevûë ſi manifeſte, qui confond des idées fort differentes.

(5) ST. BASILE dit, qu'il eſt plus facile de s'abſtenir de toute mauvaiſe Action, que de faire quelque bonne Action des moins importantes. *Tu ne tueras point; Tu ne commettras point d'Adultére; Tu ne déroberas point:* Pour s'empêcher de violer ces ſortes de Loix, il ne faut que demeurer en repos & dans l'inaction: Ὅλως δὲ πᾶσα ἀργία, καὶ τῆς τυχούσης πράξεως ἐστὶν εὐμαρεστέρα· οἷον, Οὐ φονεύσεις· Οὐ μοιχεύσεις Οὐ κλέψεις· ἀργίας τούτων ἕκαστον καὶ ἀκινησίας δεῖται· In PSALM. I. pag. 96. A. Tom. I. *Edit. Pariſ.* 1638. Je remarquerai en paſſant, que ce paſſage, à la reſerve des dernieres paroles, eſt cité dans l'*Ebauche de la Religion Naturelle* par feu Mr. WOLLASTON, à la fin de la Section IV. Mais le Traducteur François (*pag.* 150.) n'en a pas bien pris le ſens, qu'il auroit pû voir aiſément, quoiqu'il n'ait pas découvert la ſource de cette Citation, non-plus que de preſque toutes les autres, dont un grand nombre ne ſont pas difficiles à trouver.

ſacrées, non ſeulement ce que nous tenons immédiatement de la Nature, comme nôtre Vie, nôtre Corps, nos Membres, nôtre Honneur, nôtre Réputation, nôtre Liberté; mais encore tout ce que l'on a acquis en vertu de quelque Convention ou de quelque Etabliſſement humain, qui ſans cela deviendroient entierement inutiles. Ainſi, à quel titre qu'une choſe nous appartienne légitimement, il eſt défendu aux autres de nous l'enlever, de la gâter, de l'endommager, & de nous en ôter l'uſage ou en tout ou en partie: défenſe qui ſe trouve auſſi renfermée dans pluſieurs maximes affirmatives, entant qu'elles condamnent tacitement le contraire de ce qu'elles preſcrivent. Et l'équité (b) de cette Loi eſt ſi évidente, qu'elle ſe fait ſentir à toutes ſortes d'Eſprits. (6) *Demandez en effet à quelqu'un de ceux qui vivent de rapine, s'il n'aimeroit pas mieux acquérir par des voyes légitimes, ce qu'il amaſſe par des vols, par des brigandages & par des meurtres? Le plus inſigne de ces Scélérats vous répondra, qu'oui. En un mot, on ne trouve perſonne qui ne fût ravi de jouir des fruits du Crime, ſans s'engager dans le Crime.* Ce ſont des paroles de SENEQUE.

(b) Voyez *Ciceron, De Offic.* Lib. III. Cap. V.

*Si l'on a cauſé du Dommage, il faut le réparer.*

§. II. DE là il s'enſuit, que *ſi l'on a fait du mal ou cauſé du préjudice à autrui, de quelque maniere que ce ſoit qui puiſſe légitimement nous être imputée, on doit le réparer, autant qu'il ſe peut* (1). Autrement en vain la Loi défendroit-elle toute action nuiſible à autrui, ſi, lorſque quelqu'un nous a actuellement fait du tort ou cauſé du dommage, il falloit le ſouffrir patiemment, & laiſſer celui de qui on l'a reçu en paiſible poſſeſſion du fruit de ſon injuſtice. (2) D'ailleurs, ſans la néceſſité de réparer le Dommage, les Hommes, méchans comme ils ſont, ne s'abſtiendroient jamais de ſe faire du mal les uns aux autres; & tant que la perſonne lézée n'auroit point obtenu de réparation, elle ne pourroit guéres ſe réſoudre à vivre paiſiblement avec l'auteur du Dommage.

*Ce que c'eſt que le Dommage.*

§. III. LE mot de DOMMAGE, à proprement parler, ne ſe dit que d'une lézion qui regarde les biens, ou les choſes extérieures qu'on poſſede (1). Mais nous prenons ici ce terme dans un ſens plus étendu, qui renferme toute ſorte de lézion & de préjudice, ſoit à l'égard de nos biens, ſoit à l'égard de nôtre perſonne, ſoit à l'égard

(6) *Dic enim cuilibet ex iſtis, qui rapto vivunt, an ad illa, quæ latrociniis & furtis conſequuntur, malint ratione bonâ pervenire? Optabit ille, cui graſſari & tranſeuntes percutere quæſtus eſt, potius illa invenire, quàm eripere. Neminem reperies, qui non nequitiæ præmiis, ſine nequitiâ, frui malit.* SENEC. *De Beneſic.* Lib. IV. Cap. XVII. CICERON avoit dejà dit, qu'il n'y a perſonne qui n'aimât mieux ſe ſatisfaire ſans crime, quand même il ſeroit ſûr de n'être pas puni. *Quis eſt enim, aut quis umquam fuit aut avaritiâ tam ardenti, aut tam effrenatis cupiditatibus, ut eandem illam rem, quam adſpici ſcelere quovis velit, non multis partibus malit ad ſeſe, etiam omni impunitate propoſitâ, ſine facinore, quàm illo modo pervenire?* De Finib. III, 11.

§. II. (1) Pour être obligé de réparer le mal qu'on fait à autrui, il faut, 1. Qu'on ait cauſé un dommage défendu par quelque Loi, ou Naturelle, ou Poſitive. 2. Qu'il y ait de nôtre faute, & que la Volonté ait quelque part, ou directement ou indirectement, à l'action qui produit le dommage. 3. Enfin, que celui qui reçoit le dommage, n'y conſente point: car s'il donne un conſentement, ſoit direct, ſoit indirect, avec les reſtrictions poſées ci-deſſus, (Liv. I. Chap. VII. §. 17. Note 2.) les défenſes de la Loi ceſſent, & par conſequent auſſi l'obligation de reſtituer. Nôtre Auteur devoit d'abord marquer diſtinctement ces trois conditions, qui ſont le fondement & la clé de tout ce Chapitre.

(2) La néceſſité de réparer le Dommage eſt ſi indiſpenſable, qu'il n'y a point de condition, ſi élevée qu'elle ſoit, qui en exempte. Les Rois y ſont tenus envers leurs Sujets, auſſi-bien que le moindre Particulier, & ils doivent s'acquitter de cette obligation avec d'autant plus de ſoin, qu'ils peuvent impunément s'y ſouſtraire. Voyez les exemples que GROTIUS en donne, Liv. II. *Chap.* XVII. §. 20. Liv. III. Chap. XVII. §. 2. *num.* 6.

§. III. (1) Dans le Droit Romain, on entend d'ordinaire par *Dommage*, un ſimple *endommagement des choſes qui ſont au nombre des biens que l'on poſſede, produit directement par la perſonne même qui en eſt l'Auteur.* Mais cette ſuppoſition eſt uniquement fondée ſur la *Loi Aquilienne*, & ne ſert qu'à diſtinguer les différentes ſortes d'actions que l'on pouvoit intenter en Juſtice, en les diverſifiant ſelon certaines circonſtances. TITIUS, *Obſerv.* CLV. Voyez les INSTITUTES & le DIGESTE, dans les Titres *Ad Legem Aquiliam*, & DIGEST. Lib. XXXIX. Tit. II. *De damno infecto*, &c. Leg. III.

de nôtre réputation & de nôtre honneur. Il faut donc entendre par-là, *tout endommagement, dégât, altération, diminution, vol ou ſouſtraction de ce que l'on poſſede actuellement : toute uſurpation de ce que l'on pouvoit prétendre en vertu d'un droit parfait, ſoit qu'on tienne ce droit de la Nature, ſoit qu'on l'ait acquis par quelque acte humain, ou par quelque Loi : toute omiſſion enfin ou tout refus de ce que quelqu'un devoit faire pour nous en conſéquence d'une Obligation parfaite* (2).

Je dis, *en conſéquence d'une Obligation parfaite ;* car il n'y a que ce qui eſt dû de cette maniere, en quoi l'on puiſſe cauſer un dommage que l'on ſoit tenu de réparer. Pour les choſes qui ſont la matiere d'une Obligation imparfaite, comme elles doivent avoir pour principe un mouvement volontaire de Bénéficence ou de Libéralité, & que perſonne n'eſt en droit de les exiger par les voyes de la Force, il ſeroit ridicule, lorſqu'on s'en voit fruſtré, de ſe croire véritablement lézé, & de prétendre là-deſſus quelque dédommagement. D'ailleurs, pour être ſimplement capable d'avoir une choſe, on ne peut pas dès-lors l'appeller *ſienne* : ainſi on n'a pas lieu de ſe plaindre lorſqu'elle nous eſt refuſée, comme ſi par-là on recevoit un véritable dommage. Sur quoi ARISTOTE dit fort juſtement, qu'*un homme, par exemple, qui* (3), *par avarice, n'aſſiſte pas de ſon bien les Néceſſiteux, n'a rien au-delà de ce qu'il devoit avoir* (4). Donc ceux que ce vice l'empêche de ſecourir, n'ont rien de moins que ce qui leur étoit dû. CICERON ſoûtient auſſi, que, quoiqu'un Citoyen ait peut-être plus de mérite qu'un autre, il eſt libre au Peuple Romain de choiſir celui-ci préférablement au premier, dans la diſtribution des Charges, parcequ'aucun des deux n'a acquis un droit parfait ſur tel ou tel Emploi. (5) *Les Peuples Souverains & indépendans, peuvent*, dit-il, *par leurs ſuffrages, donner ou ôter à chacun ce qu'il leur plaît.* Un peu plus bas pourtant il oppoſe (6) *ce que le Peuple devoit faire, à ce qu'il avoit pû faire* : entendant par le *Devoir*, une de ces Obligations imparfaites qu'impoſe quelque Vertu.

(a) Liv. II. Chap. XVII. §. 3.

Mais il faut remarquer, avec GROTIUS (a), qu'on doit bien prendre garde de ne pas confondre ici le droit de la perſonne qui eſt capable d'exercer un Emploi, avec l'Obligation de ceux qui conférent cet Emploi ; deux choſes très-différentes en elles-mêmes. Car ſi le Peuple, qui, par les maximes de la Prudence Civile, eſt tenu d'é-

(2) Nôtre Auteur exprime plus en détail les Actions défenduës par cette premiere Loi du Droit Naturel, dans ſon abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. VI §. 3. Il ſe contentoit de rapporter ici un exemple particulier, qui ſera mieux placé dans cette Note. Il eſt tiré d'une Harangue de QUINTILIEN (*Declam.* XIII.) où l'on ſoûtient, qu'un homme qui en empoiſonnant les fleurs de ſon Jardin, avoit fait crever les Abeilles d'un de ſes Voiſins, étoit reſponſable du Dommage. Sur quoi le plus fort argument, ſelon nôtre Auteur, conſiſte en ce que, de l'aveu de tout le monde, les Abeilles étant des inſectes vagabonds, que l'on ne ſçauroit accoûtumer à ſe fixer dans un certain endroit pour y cueillir leur nourriture, partout où l'on a droit d'avoir des ruches, on eſt cenſe avoir auſſi une eſpece de droit de *ſervitude* ſur tous les Fonds d'alentour, en vertu duquel chaque Voiſin doit laiſſer aller les Abeilles où elles veulent, ſans leur cauſer aucun obſtacle. Voyez DIGEST. Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil. Leg.* XXVII. §. 12. & *Leg.* XLIX. que nôtre Auteur indique ; & Mr. NOODT, *Ad Leg. Aquil.* Cap. 18. Remarquons encore ici, que l'on peut cauſer du Dommage à l'égard de l'*Ame*, en négligeant d'éclairer l'*Eſprit* ou de former le *Cœur* d'une perſonne que l'on eſt tenu d'inſtruire & de corriger en vertu d'une Obligation parfaite ; & à plus forte raiſon en jettant de propos déliberé dans l'Erreur, ou dans le vice, ceux que l'on devroit au contraire en retirer. Dommage d'autant plus conſiderable, & d'autant plus à éviter, qu'il eſt d'ordinaire irréparable, ſurtout celui qui regarde les Mœurs ; car il n'y a rien de plus difficile que de faire revenir une perſonne des mauvaiſes Habitudes qu'on lui a laiſſé contracter, ou qu'on a fortifiées ; & c'eſt pourtant la ſeule maniere, propre & directe, de réparer un tel Dommage.

(3) Πλεονεκτεῖ δ᾽ οὐδὲν [ὁ βοηθήσας χρήμασι, δι᾽ ἀνελευθερίαν]. *Ethic. Nicom.* Lib. V. Cap. IV.

(4) C'eſt-à-dire, comme l'explique GROTIUS, ne fait rien contre la Juſtice proprement ainſi nommée. Voyez cy-deſſus, Liv. I. Chap. VII. §. 11, 12.

(5) *Eſt enim hæc conditio liberorum Populorum . . . . poſſe ſuffragiis vel dare vel detrahere quod velit cuique.* Orat. *pro Cn. Planc.* Cap. IV.

(6) *Non debuit* [ Populus ; ] *at potuit.*

lever au Gouvernement de l'Etat les perſonnes les plus capables de s'en bien acquitter, donne charge à quelqu'un des Citoyens de diſtribuer en ſon nom les Emplois publics; & que celui-ci choiſiſſe des ſujets indignes, les autres Citoyens, à qui on les préfére, ne ſauroient à la vérité, quelque mérite qu'ils ayent, ſe plaindre qu'on leur faſſe du tort, ou qu'on leur cauſe du dommage. Mais le Peuple ne laiſſe pas d'avoir droit de s'en prendre au Commiſſaire ſur qui il s'étoit repoſé de cette diſtribution, de lui faire rendre compte de ſa conduite, & d'exiger de lui la réparation du (7) dommage que l'Etat a reçu par l'élection de ces perſonnes indignes. Il faut encore diſtinguer le droit de chaque Citoyen par rapport à l'Etat, d'avec celui qu'il a par rapport à ſes Concitoyens. (8) Car la capacité d'un Citoyen pour exercer tel ou tel Emploi, ne lui donne proprement aucun droit qui ſoit valable par rapport à l'Etat: mais il a pourtant un droit très-réel de poſtuler cet Emploi, auſſi-bien que les autres Prétendans; enſorte que ſi on le traverſe dans ſa pourſuite, ſoit par violence ou par artifice, il pourra légitimement demander non pas à la vérité l'équivalent de la choſe entiere qu'il recherchoit, mais un dédommagement de ſes eſpérances, à proportion du plus ou du moins d'incertitude de réüſſir.

Pour ce qui regarde l'*eſtimation du Dommage*, elle tombe non ſeulement ſur la *choſe même*, qui nous appartenant, ou nous étant dûë, ſe trouve endommagée, détruite, enlevée ou ſouſtraite par quelqu'un; mais encore ſur les *fruits* qui en proviennent, ſoit qu'on les eût déja recueillis, (& en ce cas-là on peut auſſi les évaluer en eux-mêmes, comme autant de biens particuliers) ſoit que n'étant pas encore (b) en nature, le Proprietaire eût lieu de s'attendre à les percevoir: bien entendu toûjours, que, pour ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, on deduiſe préalablement les frais qui ont été néceſſaires (9) pour la récolte. Cette eſtimation des fruits que l'on eſpéroit, ſe doit faire ſur un pié plus ou moins bas, ſelon qu'ils étoient plus ou moins éloignez du dernier terme d'un revenu incertain. Suppoſons, par exemple, que quelqu'un nous ait gâté une moiſſon en herbe, on ne doit pas exiger de lui un auſſi grand dédommagement que s'il l'avoit fait lorſque le blé étoit preſque mûr. Il faut encore avoir égard ici aux *fruits civils*, comme on parle. Par exemple, ſi on met le feu à une Maiſon, on eſt tenu non ſeulement de la faire rebâtir, mais encore de dédommager le Proprietaire des revenus (c) & des rentes qu'il en auroit tiré pendant tout ce tems-là. Il eſt clair enfin, que tout le mal qui provient, par une (d) ſuite néceſſaire & naturelle, du dommage que l'on a cauſé directement & immédiatement, eſt cenſé faire partie d'un ſeul & même dommage (10). Un jugement prononcé au-

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. LXII. §. 1.

(c) Voyez *Cod.* Lib. III. Tit. XXXII. *De rei vindicat.* Leg. V.

(d) Voyez *Digeſt.* Lib. IX Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. XXII. §. 1. Leg. XXIII. princip.

(7) Voyez la *Novelle* de JUSTINIEN CXXVIII. Cap. XVI. *in fine*; & la CXXIV. de l'Abregé de JULIEN, Cap. 556. que l'on trouve citée & corrigée dans les Notes de GRONOVIUS ſur le §. 3. du Chapitre de GROTIUS, qui répond à celui-ci.

(8) Voyez un exemple ſemblable, que GROTIUS allegue dans l'endroit cité en marge. C'eſt ainſi encore, qu'*un homme qui par les ruſes de ſes Ennemis, ſe trouve fruſtré d'une Charge qui lui avoit été promiſe, & qui lui eût donné dequoi ſubſiſter*, a raiſon de *ſe plaindre qu'on lui enleve ſon pain, qu'on le lui arrache des mains*; quoiqu'en diſe Mr. BAYLE, *Rép. aux Queſt. d'un Provincial*, Tom. III. pag. 621, 622. La promeſſe donnoit à cet homme un double droit de prétendre que perſonne n'en empêchât l'effet. *Il en eſt de même, lorſque par la voye des prieres & des menaces on porte une Fiancée à ſe dégager de ſa promeſſe pour ſe marier à un autre homme*: c'eſt certainement l'*ôter*, *la ravir*, *l'enlever à ſon Fiancé*: Il n'y a point-là d'exaggération d'*Avocat*. Et ainſi les Hiſtoriens ont fort bien pû dire, que *Charles VIII.* avoit enlévé *Anne de Bretagne* à l'Archiduc *Maximilien*, qui l'avoit épouſée par Procureur.

(9) GROTIUS ajoûte, *ou pour l'amélioration de la choſe*. Voyez, pour la diſtinction des *Fruits*, ce que l'on dira *Livre* IV. Chap. VII. §. 3.

(10) Τὸ γὰρ παρέχον τὴν ἀφορμὴν, καὶ τῶν ἀκολουθέντων κομίζεται τὸν λόγον. LIBANIUS, *Progymn.* pag. 12. D. *Edit. Pariſ. Morell.* Voyez EXOD. XXII, 6. DIGEST. Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. XXVII. §. 8. Leg. XXX. §. 3. MARC. SENEC. Lib. V. *Excerpt. controv.* V. *Lex Wiſigoth.* Lib. VII. Tit. II.

(c) *Strabon*, Geograph. Lib. XII. pag. 813. *Edit. Amſt.* (539. *Edit. Pariſ.*)

trefois contre *Ariarathe*, Roi de *Cappadoce*, nous en fournit un exemple. (c) Ce Prince ayant fait boucher l'endroit par où le fleuve *Mélas* ſe décharge dans l'*Euphrate*, forma comme un grand Lac, qui inonda toute la campagne voiſine, & au milieu duquel on éleva des terres en forme de petites Iſles, comme les *Cyclades*, où il prenoit plaiſir de demeurer, par un divertiſſement puérile. Mais la digue s'étant rompuë, l'eau en ſe débordant fit enfler l'*Euphrate*, qui inonda une partie de la *Cappadoce*, ruïna pluſieurs maiſons de campagne & pluſieurs villages, ravagea un grand nombre de fonds cultivez, & cauſa un dommage conſidérable dans le païs des *Galates*. Sur quoi le Peuple Romain ayant été pris pour arbitre, condamna ce Prince à trois cens talens pour les dommages & intérêts (11).

Qui ſont ceux que l'on doit regarder comme *auteurs du Dommage*.

(a) Liv. I. Chap. V. §. 14.

§. IV. Pour ſçavoir maintenant qui ſont ceux que l'on doit regarder comme *auteurs du Dommage*, il faut rappeller ici ce que nous avons dit (a) ailleurs des différentes manieres d'imputer à quelqu'un l'action d'autrui. Car on cauſe du Dommage ou *immédiatement par ſoi-même*, ou *par autrui*. On eſt reſponſable du Dommage cauſé directement & immédiatement *par autrui*, lorſqu'on a contribué à l'action d'où il provient, ou en faiſant ce que l'on ne devoit pas faire, ou en ne faiſant pas ce qu'on devoit faire. Et alors, tantôt on eſt cenſé la *Cauſe Principale*, l'auteur immédiat du Dommage ne tenant lieu que de *Cauſe Acceſſoire*; tantôt *on marche de pas égal* avec lui; tantôt il eſt lui-même la *Cauſe Principale*, & nous l'*acceſſoire*.

Chacun de ces divers Agens eſt tenu de réparer le Dommage, pourvû qu'il en ait été véritablement la cauſe, c'eſt-à-dire, s'il y a effectivement contribué ou en tout ou en partie. Je dis, *s'il en a été véritablement la cauſe*: car, à l'égard de ceux qui concourent en ſecond chef à une action d'autrui, il arrive ſouvent, que celui d'où provient principalement le Dommage n'auroit pas laiſſé de le faire ſans leur participation; deſorte qu'ils n'y entrent que comme des Agens entierement ſuperflus. Ainſi, quelque criminelle que ſoit ſans contredit leur intention, comme ils n'ont dans le fond

Cap. I. II. III. & Tit. III. Cap. III. Toutes citations de l'Auteur, qui remarquoit auſſi ce que dit Philon *Juif*, que quiconque ſe repent véritablement d'avoir cauſé du Dommage, doit, aprés l'avoir reparé ajoûter de plus, pour conſoler celui qui l'a reçu, un cinquiéme de ce que la choſe étoit eſtimée. *De victimis*, pag. 653. *Edit. Genev.* (844. *D. Edit. Pariſ.*)

(11) Les Juriſconſultes diſtinguent ici entre *Dommage émergent*, (*Damnum emergens*) & *Profit ceſſant* (*Lucrum ceſſans*). Le premier, c'eſt la perte que l'on ſouffre par une diminution de ſes biens préſens. L'autre, c'eſt le préjudice qu'on reçoit par la privation d'un gain que l'on auroit fait. Mais il faut auſſi remarquer, qu'il y a des évenemens, qui ſont des ſuites directes & immédiates de l'action d'où provient le dommage, enſorte qu'on peut dire qu'elle en a été la cauſe préciſe; & d'autres qui ont une cauſe particuliere, dont ce fait n'a été que l'occaſion, ou qui même arrivent par un cas purement fortuit. Voyez là-deſſus les *Loix civiles dans leur ordre naturel*, par Daumat, Part. I. Liv. III. Tit. V. où l'on trouve auſſi, dans les Préliminaires de ce Titre, quelques remarques aſſez importantes ſur la difference qu'il y a entre le dédommagement pour retardement d'un payement, & les autres ſortes de dommages & intérêts: ſurquoi on peut voir encore le Traité de Mr. Noodt. *De Fœn. & Uſur.* Lib. II. Cap. VI. Tout ce qui eſt une ſuite directe & immédiate de l'action par laquelle on a cauſé du Dommage, doit ſans contredit être toûjours regardé comme une partie du Dommage, & reparé ſur ce pied-là. Mais à l'égard du mal qui en arrive par occaſion, il faut diſtinguer, à mon à vis, d'un côté, entre les évenemens qui, quoique fortuits, peuvent aiſément arriver, & ceux qui ſont très-rares: de l'autre, ſi le Dommage eſt cauſé malicieuſement & de propos deliberé, ou par pure négligence. Celui qui a cauſé du Dommage malicieuſement & de propos deliberé, eſt reſponſable de toute ſorte d'évenemens, quelque imprevûs & extraordinaires qu'ils ſoient. Il s'eſt expoſé lui-même de gayeté de cœur à toutes les ſuites de ſa mauvaiſe action & de ſa mauvaiſe intention: il ne mérite aucune indulgence. S'il n'a ni prévû, ni pû prévoir, ce qui arrive, il a pû & dû penſer qu'il pouvoit arriver plus qu'il ne lui ſeroit jamais venu dans l'eſprit. Mais lorſqu'il n'y a que de la négligence ou de l'inadvertence de la part de l'auteur du Dommage, il ſeroit trop dur de mettre ſur ſon compte les accidens extraordinaires, qu'il n'auroit pû prévoir s'il eût enviſagé les ſuites poſſibles de ſon action. La foibleſſe humaine ne permet pas d'être toûjours auſſi attentif que l'on devroit au préjudice qui peut revenir à autrui de ce que l'on fait ou qu'on omet ſans y penſer: mais il n'y a perſonne qui ne puiſſe s'empêcher de faire du mal à autrui le ſçachant & le voulant, comme alors il n'y a perſonne qui ne ſçache ce qu'il fait.

contribué quoique ce ſoit au Dommage, on ne peut exiger d'eux aucune réparation.

Ce n'eſt pas qu'il ne faille regarder comme une excuſe frivole, le raiſonnement d'un homme, qui pour ſe juſtifier des Crimes auſquels il auroit prêté ſon bras ou ſes conſeils, s'aviſeroit de dire, que ſans lui il ſe ſeroit trouvé aſſez d'autres gens pour accepter le parti, & qu'ainſi le mal n'en auroit pas été moins fait; car il ſuffit que ce qu'il a de ſa part contribué à l'action, ait eu quelque influence réelle ſur la production du dommage. Outre que tout autre, qui auroit concouru de la même maniere, ne ſeroit pas plus diſpenſé que lui de dédommager les intéreſſez.

Voici donc, à mon avis, une Régle générale pour juger ſurement, ſi l'on eſt tenu, ou non, de réparer le Dommage. C'eſt que, *ſi l'on n'a pas contribué, par un concours réel & direct, à l'acte même d'où provient le Dommage, & que l'on n'ait d'ailleurs ni rien fait auparavant pour ſolliciter l'Agent, ou pour procurer autrement l'exécution, ni tiré ſa part enſuite du profit qui en revient, quand même on auroit commis quelque autre Péché à l'occaſion de cet acte, on n'eſt point abſolument tenu à réparation* (1). Ainſi ceux qui voyant un homme réduit à un triſte état par l'injuſtice d'autrui, s'en réjouïſſent, (b) & inſultent même au malheureux, péchent manifeſtement, de l'aveu de tout le monde: perſonne n'oſeroit pourtant dire qu'ils ſoient obligez à réparer le Dommage. La même choſe a lieu au ſujet de ceux qui louent, qui excuſent, ou qui juſtifient quelque méchante Action déja commiſe, pourvû que par-là ils

(b) Voyez *Pſeaume* CXXXVII. verſ. 7.

§. IV. (1) Le Droit Romain ſoûmet à la même peine les Approbateurs du mal, & les Auteurs, dans le cas d'un Eſclave, qui de lui-même étoit entierement déterminé à faire un vol, ou à prendre la fuite. Celui qui avoit loüé ſon deſſein, étoit regardé comme corrupteur de l'Eſclave d'autrui, & on avoit action contre lui ſur ce pied-là: *Imo & ſi erat Servus omnimodo fugiturus, vel furtum facturus, hic vero laudator hujus propoſiti exſtitit, tenetur. Non enim oportet laudando augeri malitiam.* Digest. Lib. XI. Tit III. *De Servo corrupto*, Leg. I. §. 4. Mr. Bayle, dans ſa *Diſſert. ſur les Libelles diffamatoires*, inſerée à la fin du *Dictionn. Critique*, Tome IV. pag. 592. de la 4. Edit. fait de cette Loi une régle generale, & il ſe fonde, dit-il, ſur cette maxime ſûre, que ceux qui approuvent une Action, la feroient agréablement s'ils la pouvoient faire; c'eſt-à-dire, ſi quelque raiſon d'amour-propre ne les empêchoit de s'y engager. Il rapporte encore ici la Loi de *Valentinien* & de *Valens*, qui ſoûmet à la peine capitale ceux qui rencontrant un Libelle par un cas fortuit, le font connoitre, au lieu de le dechirer ou de le brûler. Voyez Cod. Liv. IX. Tit. XXXVI. *De famoſis Libellis.* Car, ajoûte-t-il, *je ne ſaurois camprendre qu'une perſonne qui en pareil cas répand un Libelle, ait moins d'envie de nuire que celui qui le compoſe: elle eſt donc digne de la même peine que l'Auteur.* Mais dans ce dernier cas il y a certainement quelque choſe de plus qu'une ſimple approbation. Répandre un Libelle, que l'on auroit pû & dû ſupprimer ou en tout ou en partie, c'eſt nuire directement par ſoi-même à la réputation de la perſonne diffamée, & agir comme de concert avec l'Auteur du Libelle. A l'égard de la Loi d'*Ulpien*, ſi l'Eſclave étoit tellement déterminé à voler ſon Maitre, ou à ſe ſauver, que l'approbation qu'on donne à ces actions qu'il eſt ſur le point de commettre, ne contribue en aucune maniere à l'encourager & à l'affermir dans ſa criminelle réſolution, je ne vois pas qu'à conſiderer la choſe en elle-même, indépendamment de l'autorité des Loix Civiles, cette ſimple approbation ſuffiſe pour impoſer l'obligation de reparer le Dommage cauſé par ce Crime particulier. Le Juriconſulte dit, que par-là on *augmente la malice* de l'Eſclave. Fort bien: mais cette augmentation de malice n'influë que ſur les Crimes à venir; elle ne contribuë en rien, dans la ſuppoſition, à celui qui eſt actuellement commis. Il valoit mieux dire, qu'à cauſe de la difficulté de prouver que les loüanges données à l'Eſclave n'ont pas contribué quelque choſe à l'encourager dans ſa mauvaiſe reſolution, & de la facilité de s'exempter par-là du dédommagement lorſque les loüanges ont eu véritablement leur effet; le Bien Public demandoit que la préſomption fût toûjours ici contre lui, qui bien-loin de détourner, entant qu'en lui étoit, l'Eſclave d'autrui, du mal qu'il vouloit faire, témoignoit par ſon approbation être diſpoſé à l'y porter efficacement en cas de beſoin. Ainſi, quelque vrai qu'on ſuppoſe le principe de Mr. Bayle, la conſéquence qu'il en tire ne paroît pas ſi inconteſtable. De ce que l'on feroit avec plaiſir une certaine action, ſi on le pouvoit ſans bleſſer d'ailleurs quelque interêt d'amour propre, il ne s'enſuit pas, à mon avis, que l'on ſoit toûjours puniſſable, ou reſponſable du Dommage, devant le Tribunal Humain dont il s'agit ici, avant que d'avoir commis cette action; moins encore lorſque ne penſant point à la commettre ſoi-même, on la loüe ſimplement en autrui, ſans que cette approbation contribue en aucune maniere à déterminer ou à encourager l'Agent. Au reſte, Grotius allegue auſſi ſur ce ſujet la Loi du Digeste, ſur laquelle je viens de faire des réfléxions, *Liv.* II. *Chap.* XVII. §. 7. *Note* 2. Mais il n'eſt pas bien clair s'il l'entend ou l'approuve dans la même generalité que fait Mr. Bayle. On peut inferer le contraire de ce qu'il dit dans le paragraphe 10. que tous ceux dont il a parlé ne ſont tenus de réparer le Dommage, qu'au cas qu'ils y ayent véritablement contribué, ou en tout, ou en partie.

n'empêchent point la réparation du Dommage ; ou qui ont ſouhaité ſimplement que cette Action ſe fît ; ou qui, pendant l'exécution, à laquelle ils ne contribuent rien, en ſont bien aiſes, & y applaudiſſent tacitement. Car pour le paſſage de CICERON qu'on allégue là-deſſus : (2) *Quelle différence y a-t-il entre conſeiller un Crime, & l'approuver quand il eſt commis ? entre vouloir qu'une Action ſe faſſe, & ſe réjouïr qu'elle ſoit faite ?* ce n'eſt point là une penſée que l'Orateur (3) ſoûtienne ſérieuſement : il ne la propoſe qu'en vûë de réfuter une Objection ridicule. Et quand même on prendroit ces paroles à la lettre, on ne pourroit pas les étendre raiſonnablement à l'obligation de réparer le Dommage. Ainſi c'eſt mal-à-propos qu'un ancien Hiſtorien (c) les applique à *Probus*, Préfet du Prétoire, lorſqu'il dit de lui, que *jamais à la vérité il n'ordonna rien d'illicite à aucun de ſes Cliens, ou de ſes Eſclaves ; mais que s'il venoit à découvrir quelque Crime dont ils ſe fuſſent rendus coupables, il les ſoûtenoit à quelque prix que ce fût, ſans aucun examen, & en dépit de la Juſtice même.* Car la protection d'un Patron ſi puiſſant rendoit ces gens-là plus hardis à mal faire, & elle étoit d'ailleurs un obſtacle invincible à la réparation du Dommage qu'ils avoient cauſé. Ainſi (4) il y avoit là quelque choſe de plus qu'une ſimple approbation, ou qu'une apologie du mal qu'ils faiſoient aux autres.

(c) *Ammian. Marcell.* Lib. XXVII. Cap. XI.

A l'égard de ceux qui donnent quelque conſeil malin, il eſt certain que s'ils ſuggerent la maniere dont on doit s'y prendre pour cauſer du Dommage, ils doivent indiſpenſablement le réparer. (5) Mais ſi l'on conſeille ſeulement en général de voler, par exemple, ou de commettre des brigandages, ou ſi l'on ſe contente d'approuver un deſſein qui eſt déja entierement formé, comme font les Flatteurs, & les Conſeillers d'Etat (6) qui n'ont pas aſſez de courage pour s'oppoſer aux ſentimens d'un Prince ; on n'eſt pas tenu, à mon avis, de réparer le Dommage (d).

(d) Voyez *Ant. Matth. De Crimin.* Proleg. Cap. I. §. 7, 8, 9.

Enfin, pour ceux qui concourent à une action d'autrui, en ne faiſant pas ce à quoi ils étoient obligez, il faut remarquer que cette omiſſion ne les engage à réparer le Dommage que quand elle concerne une choſe qu'ils devoient faire en vertu d'une Obligation Parfaite, & nullement lorſqu'il s'agit de choſes preſcrites par la ſeule Loi de la Charité ou de l'Humanité. Car, quoiqu'en diſe un Auteur (e) moderne, ce qui nous eſt dû de cette maniere ne pouvant pas encore être réputé *nôtre*, nous n'avons nul droit, lorſqu'on nous en fruſtre, d'exiger pour cela aucun (7) dédommagement.

(e) *Ziegler. ad Grot.* Lib. II. Cap. XVII. §. 9.

Quel eſt l'ordre ſuivant lequel ceux qui concourent à cauſer du Dommage, ſont tenus de le réparer.

§. V. LORSQUE pluſieurs perſonnes ont effectivement concouru à une Action d'où il provient du Dommage, voici l'ordre qu'il faut ſuivre dans le dédommagement. Ceux

(2) *Quid intereſt inter ſuaſorem facti, & probatorem ? aut quid refert, utrum voluerim fieri, an gaudeam factum ? Philippic.* II. Cap. XII.

(3) Il ne me paroît pas que CICERON parle d'une autre maniere que ne feroit un homme qui dit ſerieuſement ce qu'il penſe. Il ſuffit de répondre, comme notre Auteur lui-même le dit enſuite, qu'il ne s'agit point dans ces paroles de la réparation du Dommage, mais uniquement de ce qu'il y a de vicieux dans l'intention des Approbations du Crime.

(4) J'ai été obligé d'ajoûter cette petite période, pour achever le raiſonnement qui n'étoit pas aſſez bien développé.

(5) Voyez ci-deſſus, *Liv.* I. Chap. V. §. 14. *Note* 16.

(6) Il faut ajoûter cette reſtriction, à moins que par les Loix Fondamentales de l'Etat les Miniſtres ne ſoient obligez de refuſer leur conſentement au Prince, comme cela a lieu en *Angleterre*. Voyez le paſſage de GEORGE BATES, *Elench. Motuum Anglic. Part. I.* que notre Auteur a cité ci-deſſus, Liv. I. Chap. V. §. 14. lett. z.

(7) Oui bien de la perſonne même qui nous a refuſé quelqu'un de ces devoirs. Mais ſi elle en avoit été empêchée par quelque autre, on ſeroit en droit d'exiger de celui-ci quelque dédommagement, ſinon devant les Tribunaux Humains, qui tolerent ſouvent des injuſtices, du moins par les Regles invariables de la Juſtice & de l'Equité. Voyez ci-deſſus §. 3. *Note* 8.

§. V.

Ceux qui, par leur autorité, ou de quelque autre maniere dans laquelle il entre de la contrainte, ont porté quelqu'un à faire le mal (1), en ſont reſponſables les premiers (a). Car, en ces cas-là l'auteur immédiat de l'Action, ou celui qui a prêté ſon bras, ne paſſe que pour un ſimple inſtrument. Mais ſi l'Agent s'eſt determiné au Crime ſans l'impulſion d'aucune force majeure, il répondra le premier du Dommage, & après lui tous les autres qui y ont contribué quelque choſe; de telle ſorte pourtant que ſi les premiers en ordre ont déja réparé le Dommage, les autres ſeront quittes de toute obligation à cet égard, quoiqu'ils ne ſoient pas pour cela exemts de la peine portée par les Loix.

Que ſi l'action a été produite par le concours de pluſieurs perſonnes, dans un même ordre de Cauſes, chacune de ces perſonnes ſera-t-elle tenuë ſolidairement, ou ſeulement à proportion de la part qu'elle y a eu? Grotius (b) dit que *chacun de ceux qui ont contribué à l'action, en eſt reſponſable ſolidairement, ſi elle a été toute produite par lui, quoiqu'agiſſant conjointement avec d'autres.* Cette déciſion eſt aſſez obſcure ſi on ne l'explique par quelque exemple. En voici un qui n'y convient pas mal, à mon avis. Trois hommes mettent le feu en même tems à une Maiſon. Cet incendie ſemble produit tout entier par chacun d'eux, quoiqu'ils agiſſent conjointement; car la Maiſon n'en brûleroit pas moins, quand un ſeul y auroit mis le feu. Mais ſi pluſieurs à la fois chargent quelqu'un de coups de bâton, & que l'un le bleſſe à la tête, que l'autre lui caſſe le bras, qu'un troiſiéme lui créve l'œil; chacun en particulier ne ſera point reſponſable de tout le mal, mais ſeulement de celui qu'il aura fait pour ſa part. En ce cas-là néanmoins, ſi quelqu'un de ceux qui ont concouru à l'action, s'évade, les autres que l'on attrape ſont condamnez avec raiſon à réparer le Dommage ſolidairement, ſurtout lorſqu'il y a eu entr'eux quelque complot. Pour répandre un plus grand jour ſur cette matiere, il faut diſtinguer ici deux ſortes d'*Actes*, les uns *diviſibles*, les autres *indiviſibles*. Les *Actes indiviſibles*, ce ſont ceux auſquels pluſieurs perſonnes concourent de telle maniere, qu'une ſeule auroit pû produire l'acte tout entier, & qu'on n'en ſauroit aſſigner préciſément à chacune ſa quotte-part; comme, par exemple, quand on met le feu, ou qu'on lâche une digue, &c. Car le mal qui en provient, ne ſeroit pas moins arrivé quand même une ſeule de ces perſonnes auroit agi, & l'on ne peut point déterminer au juſte de quelle partie de l'Inondation ou de l'Incendie chacun eſt l'auteur en particulier. Lorſque pluſieurs concourent à un acte de cette nature, chacun en eſt reſponſable ſolidairement; deſorte que, quand il vient à être attrapé lui ſeul, il doit payer pour les autres; quoique, s'ils ſe trouvent pris tous à la fois, on ne puiſſe exiger de chacun que ſa part, & une part égale à celle des autres. De même, lorſque quelqu'un de ceux qui ont été arrêtez ſe trouve hors d'état de payer, les riches ſont tenus ſolidairement du Dommage. Et cela met une grande différence entre la néceſſité de réparer le Dommage, & l'obligation à la Peine. Car, au lieu qu'en fait de Dommage, ſi un ſeul paye, tous les autres ſont tenus quittes; n'étant pas juſte de réparer deux fois le même Dommage, quoique ſouvent on y oblige en forme de punition: rien, au contraire, n'eſt plus commun, que de punir ſolidairement pluſieurs perſon-

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. XXXVII. princip. & Lib. IX. Tit. IV. *De noxalib. action.* Leg. II. III. IV. princ. *Lex Wiſigoth.* Lib. VII. Tit. III. C. V. & Lib. VIII. Tit. I. C. I.

(b) Liv. II. Chap. XVII. §. 11.

§. V. (1) *Is damnum dat, qui jubet dare: ejus verò nulla culpa eſt, cui parere neceſſe ſit.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſ. reg. Jur.* Leg. CLXIX. Il faut appliquer ſur tout ceci, les principes que j'ai établis en peu de mots dans les dernieres Editions de l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. I. §. 27. *Note* 1. *& ſuiv.*

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. II. Tit. I. Leg. VII. §. 5. Leg. VIII. & Lib. XLVII. Tit. VII Leg. VI. princip. Tit. X. Leg. XXXIV. & Lib. IX. Tit. II. Leg. XI. §. 2, 4. Leg. LI. §. 2. & Lib. XLIII. Tit. XXIV. Leg. XV. §. 2. & Lib. XLVII. Tit. II. Leg. XXI. §. 9. *Hotom. illuſtr. quæſt.* 33.

nes, qui ont concouru à un même crime. Sur quoi il y a un cas propoſé par QUINTILIEN: *La Loi*, dit-il, *porte* (2) *qu'un Voleur payera le quadruple de ce qu'il a pris. Deux hommes ont volé enſemble dix mille Ecus : on leur en demande à chacun quarante mille : ils prétendent n'en payer chacun que vingt mille.* Il ſemble qu'on doit prononcer contre ces Voleurs. Car (3) *l'action de Larcin en reſtitution du double ou du quadruple*, *regardoit*, ſelon les Loix Romaines, *la pourſuite de la peine*, *& non pas la réparation du Dommage* (c).

En combien de manieres on peut cauſer du Dommage à autrui.

(a) Voyez *Lyſias*, Orat. XXX. C. 2.

(b) Voyez *Exod.* XXI, 28. & ſuiv. avec les Notes de *Grotius*, & de Mr. *Le Clerc.*

§. VI. ON peut faire du mal, & cauſer du Dommage à autrui, ou *malicieuſement & de propos déliberé*; ou *ſans deſſein*, *& par une ſimple négligence*, qui eſt tantôt plus, tantôt moins grande; ou enfin *par un cas fortuit*, qui eſt tel qu'on ne ſauroit légitimement nous rien imputer à cet égard. (a) Il y a même des Peuples, parmi leſquels on eſt reſponſable du Dommage cauſé immédiatement parmi autrui, non ſeulement lorſqu'on y a quelque part & quelque influence réelle, mais encore (b) lorſque le Dommage vient d'un Eſclave, ou même d'une Bête, ſans que le Proprietaire y entre pour rien poſitivement.

Il n'y a pas lieu de douter, que quiconque cauſe du Dommage *malicieuſement & de propos déliberé*, ne doive indiſpenſablement le réparer, & qu'il ne faille même mettre ſur ſon compte, à la derniere rigueur, toutes les ſuites du Dommage.

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. I. Tit. XVIII. *De Offic. Præſid.* Leg. VI. §. 7. Leg. XIV. & Lib. IX. Tit. II. *ad Leg. Aquil.* Leg. XXVII, §. 9. *in fin.* 29, 34, 35. Leg. XXVIII, XXIX. §. 2, 3, 4.

(d) Deut. XXII, 8.

(e) *Ælian. Var. Hiſt.* Lib. III. Cap. XLIV. *Epictet. Enchir.* Cap. XXXIX. & *Simplicius*, in h. loc. Voyez auſſi *Digeſt.* Lib. IX. Tit. II. Leg. XLIV. LII. §. 4. *ibique interp.*

Ceux qui font du mal à autrui *ſans deſſein*, *mais par une négligence aiſée à éviter*, ſont auſſi tenus de dédommager les intéreſſez. (1) En effet, c'eſt un des principaux Devoirs de la Sociabilité, que de ſe conduire avec tant de circonſpection, que notre commerce ne ſoit point inſupportable ni dangereux à autrui : outre que ſouvent on eſt dans des engagemens particuliers de prendre à cet égard toutes les précautions poſſibles (c). Parmi les Loix de MOÏSE il y en a une qui ordonne de faire (2) un mur d'appui (d) tout autour des Toîts, de-peur que quelqu'un venant à tomber de là, ne ſe caſſe le cou. Les Rabbins prétendent que, par la même raiſon, il eſt défendu d'avoir chez ſoi une Echelle rompue, ou de garder un Chien enragé. Une faute très-légére peut même ſuffire pour rendre reſponſable du Dommage, pourvû que la nature de l'affaire dont il s'agit, ne diſpenſe point par elle-même d'apporter la derniere circonſpection; (3) qu'il n'y ait pas plus de la faute de celui qui reçoit le Dommage que de celui qui le cauſe, & qu'un mouvement impétueux ou un grand trouble de l'Ame, ou quelque autre circonſtance n'empêche pas de bien prendre garde à ce que l'on fait : comme, par exemple, ſi en remuant ſes armes dans la chaleur du Combat, on bleſſe quelqu'un qui ſe trouve près de nous; ou comme il arriva autrefois à ce Jeune Homme, qui voulant tuer des Voleurs par leſquels il étoit attaqué, manqua ſon coup, & alla malheureuſement porter ſon épée dans le cœur d'un de ſes Camarades (e).

(2) *Fur quadruplum ſolvat. Duo ſurripuerunt pariter decem millia : petuntur ab utroque quadragena : illi poſtulant, ut vicena conferant.* Inſtit. Orat. Lib. VII. Cap. VI. p. 638. *Edit. Burm.* Voyez là-deſſus la Note du dernier Editeur, qui confirme ce que nôtre Auteur dit ici, ſelon les principes du Droit Romain.

(3) *Furti actio, ſive dupli ſive quadrupli, tantum ad pœnæ perſecutionem pertinet. Nam ipſius rei perſecutionem extrinſecus habet dominus*, &c. INSTIT. Lib. IV. Tit. I. *De obligation. quæ ex delicto naſcuntur*, §. 19.

§. VI. (1) Voyez les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. part. Livre II. Titre VIII. où l'on trouve la déciſion d'un grand nombre de ces ſortes de cas, dans leſquels il n'y a qu'une volonté indirecte & *interprétative* de celui qui cauſe le dommage.

(2) C'eſt que dans l'Orient les Toîts étoient, comme ils le ſont encore aujourd'hui, en forme de terraſſes. Voyez EXOD. XXI. 33. XXII. 5, 6. avec les Notes de Mr. LE CLERC : & les *Mœurs des Iſraëlites*, par FLEURY, page 63, 64. *Edit. de Holl.*

(3) Voyez ce que j'ai remarqué ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. VI. §. 9. *Note* 1, 2. des dernieres Editions.

Pour les *cas fortuits*, où il n'y a pas de notre faute (4), il eſt évident qu'ils n'obligent point à réparation. Car alors celui qui cauſe le Dommage n'en étant que l'occaſion innocente, & n'y ayant contribué en aucune maniere dont il ſoit reſponſable, pourquoi devroit-il ſupporter la perte, plûtôt que celui ſur qui elle tombe par l'effet d'un pur malheur (f)? Si pourtant il ſe trouve que ce ſoit un Pauvre qui, par quelque cas fortuit ait reçu du Dommage à l'occaſion d'un Riche, il eſt bien digne de la generoſité & de la libéralité de celui-ci, de faire quelque gratification au malheureux, pour le conſoler de ſa diſgrace.

(f) Voyez Digeſt Lib. IX. Tit II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. V §. 2. Leg. VII. §. 3.

A l'égard des (g) *actions intentées pour dommage cauſé par un Eſclave, ou par une Bête qui appartient à quelqu'un*, Grotius (h) prétend qu'elles ne ſont que de Droit Civile & Poſitif, parceque, n'y ayant pas de la faute du Maître, il n'eſt naturellement reſponſable de rien. D'autres croyent néanmoins que ces pourſuites ſont très-conformes à l'Equité Naturelle, quoique le Droit Naturel ne les autoriſe pas formellement. Voici là-deſſus la Loi d'un ancien Philoſophe: (5) *Si un homme ou une femme Eſclave endommagent quelque choſe du bien d'autrui, ſoit faute d'adreſſe, ou par quelque autre mauvais uſage, ſans que celui qui en ſouffre y ait donné occaſion en aucune*

(g) *Actio noxalis. Actio pauperiei.*

(h) Liv. II. Chap. XVII. §. 21.

(4) Il faut bien remarquer cette reſtriction. Car lorſque le cas fortuit eſt une ſuite de quelque faute qui y a donné lieu, & ſans laquelle on n'auroit point ſouffert à l'occaſion de cet accident, on doit indiſpenſablement reparer le Dommage, l'obligation de reſtituer étant alors l'effet de la faute, plûtôt que du cas fortuit. Voyez Daumat, *Loix Civiles*, &c. I. Part. Liv. II. Tit. IX. Il faut encore ſe ſouvenir, que l'on peut s'être engagé par une convention à répondre de quelque cas fortuit: & alors, comme chacun voit, l'obligation de reparer le Dommage eſt une ſuite d'un acte de nôtre volonté, le cas fortuit ne faiſant que donner lieu à l'execution de ce que l'on a promis Voyez ci-deſſous Liv. V. Chap. IX. Mr. Thomasius va plus loin. Il ſoûtient que l'on eſt toûjours obligé à réparer le Dommage dont on eſt la veritable *cauſe phyſique*, quoiqu'il n'y ait aucune faute de la part de celui qui fait du mal à un autre, ou qui gâte ſon bien, ſans le vouloir. On pourra exprimer les raiſons que cet habile Juriſconſulte allegue pour établir ſon ſentiment, dans une Diſpute intitulée, *Larva Legis Aquiliæ detracta actioni de damno dato, receptæ in foris Germanorum*, & ſoûtenuë publiquement à *Hall* en *Saxe*, en 1703. Pour moi, il me ſemble que la tranquillité du Genre Humain ne demande nullement qu'on étende ſi loin l'obligation de réparer le Dommage. La Societé ſeroit trop heureuſe, ſi chacun s'abſtenoit religieuſement de cauſer du Dommage à autrui, non ſeulement de deſſein formé, mais encore par la moindre négligence. D'ailleurs, l'Auteur du Dommage doit en être la *Cauſe Morale*, & non pas ſimplement *cauſe Phyſique*. Autrement il s'enſuivroit, qu'un homme, qui s'étant laiſſé tomber d'un toit à ſon grand regret, bleſſe quelqu'un par ſa chûte, devroit l'en dédommager. Je ne ſçai ſi perſonne voudroit ſoûtenir un tel paradoxe. L'exemple que Mr. *Thomaſius* propoſe, d'une perſonne qui étant chez un de ſes amis, & voulant voir de près un Verre précieux qu'elle apperçoit, le laiſſe tomber par l'effet imprevu d'un accident dont le maître même eſt épouvanté; cet exemple, dis-je, ne paroît pas propre à établir la juſtice de la réparation du Dommage en pareils cas. Par cela même que le Proprietaire du Verre précieux, mais fragile, permet à l'autre de le regarder & de le prendre entre ſes mains, il conſent tacitement de ſupporter la perte, en cas de malheur. La curioſité coûteroit trop cher à celui que l'on peut préſumer avoir voulu pour le moins autant faire plaiſir au maître du Verre en conſiderant cette rareté qu'il poſſede, que ſe ſatisfaire ſoi-même. Autre choſe eſt, ſi après avoir ſuffiſamment contemplé le Verre, il y revenoit ſouvent & le reprenoit entre ſes mains ſans néceſſité: car alors il y auroit tout lieu de croire que le Proprietaire n'eſt pas bien aiſe qu'on manie tant une choſe ſi ſujette à être caſſée, & celui qui la ménageroit ſi peu ne ſeroit pas excuſable. Les Juriſconſultes Romains diſtinguent ainſi, en parlant d'une perſonne à qui l'on a donné quelque choſe à voir. Si c'étoit uniquement pour nôtre propre interêt, cette perſonne n'eſt reſponſable que de ſa mauvaiſe foi; de même qu'un Dépoſitaire. Que ſi on a donné la choſe à voir pour l'interêt ſeul de celui entre les mains duquel on l'a miſe, ou pour l'interêt de l'un & de l'autre, celui qui a reçu la choſe, eſt reſponſable, outre la mauvaiſe foi, d'une faute même légére: *Secundum hæc, ſi cui inſpiciendum dedi, ſive ipſius cauſſâ, ſive utriuſque & dolum & culpam mihi præſtandam eſſe dico propter utilitatem: periculum non. Si vero mei dumtaxat cauſſâ datum eſt, dolum ſolum: quia prope depoſitum hoc accedit.* Digest. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcript. verb.* Leg. XVII. §. 2. Voyez ſur cette Loi, Cujas, *Recit. in* Papinian. page 180. Tom. IV. *Opp. Edit. Fabrott.* Merille. *Obſerv.* Lib. VIII. Cap. XI. & Mr. Van de Water, *Obſ.* III. 9. Mr. Gundling, au reſte rejette tacitement l'opinion de Mr. Thomasius, ſon Collégue, & me fait l'honneur de me citer là-deſſus, dans ſon *Jus Naturæ & Gentium*, Edit. 1728. Cap. X. §. 19. pag. 119.

(5) Δοῦλος δ' ἂν ἢ δούλη βλάψῃ τῶν ἀλλοτρίων καὶ ὁτιοῦν, μὴ ξυναιτίου τοῦ βλαβέντος αὐτοῦ γενομένου, κατ' ἀπειρίαν ἢ τιν' ἑτέραν χρείαν μὴ σώφρονα, ὁ τοῦ βλάψαντος δεσπότης ἢ τὴν βλάβην ἐξιάσθω μὴ ἐνδεῶς, ἢ τὸν βλάψαντ' αὐτὸν παραδότω. Platon, *De Legib.* Lib. XI. pag. 978. *Edit. Wechel. Ficin.* pag. 936. C. D. *Edit. H. Steph.*

*maniere, il faut que que le Maître en paye tout le dommage, ou livre l'Eſclave à la perſonne lézée.* On trouve un exemple fort ancien de cette pratique dans l'Hiſtoire (i) d'*Evandre*, dont un Eſclave, nommée *Cacus*, ayant volé les bœufs de *Récaranus* ſurnommé *Hercule*, ce Prince livra *Cacus* au Pâtre étranger.

(i) *Aurel. Victor. De orig. Gent. Rom.* Cap. VI. *Edit. Pitiſc.*

Il n'y (6) a point de doute qu'un Maître ne ſoit reſponſable du dommage que ſes Bêtes cauſent non ſeulement par ſa négligence, comme quand il les laiſſe échapper, ou par ſa malice, comme quand il les irrite lui-même; mais encore lorſqu'elles ſont uniquement pouſſées par leur férocité naturelle, ou par un mouvement ordinaire. Car il falloit ou ne (7) pas nourrir de tels Animaux, ou les garder ſi bien qu'ils ne puſſent faire du mal à perſonne (8).

Mais, quand une Bête s'effarouche d'elle-même, contre (9) le panchant naturel de celles de ſon eſpece, & ſans qu'il y ait de la faute du Proprietaire, on ne voit pas d'abord la raiſon pourquoi celui-ci doit ſupporter le dommage, plûtôt que la perſonne lézée. Cela vient, à mon à vis, de ce que les droits d'un Proprietaire ne

(6) Ce petit *à Capite* étoit placé un peu plus bas, avant celui qui commence ainſi: *Au reſte, il y a une remarque generale, &c.* L'Auteur, en ajoûtant à la ſeconde Edition, n'a pas pris garde qu'il venoit de parler du dommage cauſé par des Eſclaves, & qu'il falloit mettre cette réfléxion dans l'endroit où il traite du dommage cauſé par quelque Bête.

(7) Il ne s'agit pas dans cette queſtion de Bêtes féroces, comme les Ours, les Lions, les Loups, &c. Ces ſortes d'Animaux, bien-loin d'être de quelque utilité dans la Vie, ſont ſi dangereux, qu'il eſt bon au contraire de leur donner la chaſſe & de les exterminer autant qu'il ſe peut; ainſi on n'a pas droit pour l'ordinaire d'en avoir chez ſoi; ou, ſi on l'a, ce n'eſt qu'à condition de reparer tout le mal qu'ils peuvent faire, ſoit qu'on les garde bien, ou mal. On s'y eſt engagé, par cela même qu'on a voulu, ſans neceſſité, poſſeder de tels animaux, qui avec toute la circonſpection des Voiſins, & avec toute celle qu'on y apporte ſoi-même, ſont capables de faire tant de mal tôt ou tard, lorſqu'on y penſe le moins. Voyez cy-deſſus, vers le commencement de ce paragraphe.

(8) Si l'Eſclave, ou l'Animal avoient été excitez par quelqu'autre que le Maître, on voit bien que cette autre perſonne ſeroit tenuë de reparer tout le Dommage. Il faut encore ſuppoſer que la perſonne lézée n'ait point donné lieu par ſa faute au Dommage qu'elle a reçu de l'Eſclave, ou de l'Animal; car en ce cas-là elle ne pourroit s'en prendre qu'à elle-même, à moins que quand il s'agit d'un Eſclave, celui-ci ne ſoit allé au-delà des bornes d'une juſte défenſe. TITIUS, *Obſ.* CLXVIII. Voyez les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. Part. Liv. I. Tit. VIII. Sect. II.

(9) Nôtre Auteur fait alluſion à la diſtinction que font les Interprêtes du Droit Romain entre les Bêtes féroces qui ſuivent leur panchant naturel, & les Animaux Domeſtiques, ou autres à quatre pieds, qui ſont pouſſez par quelque mouvement extraordinaire, contraire à leur diſpoſition naturelle. Mais cette diſtinction ſe rapporte à l'explication de la Loi des *XII. Tables* ſur ce ſujet, & à l'action particuliere appellée *Actio de Pauperie*, que l'on pouvoit intenter en Juſtice contre le Proprietaire de l'Animal. Du reſte, les Interprêtes ſoûtiennent communément, que cette action, en vertu de laquelle le Maître de la Bête doit ou la livrer, ou payer le dommage, a auſſi lieu par rapport aux Bêtes féroces: ils diſent ſeulement, que l'Action n'eſt pas alors *directe*, mais *utile*; ce qui revient à la même choſe, eu égard aux effets. Voyez la *Juriſprudent. Ante-Juſtinian.* de Mr. SCHUTTING, pag. 252. Mr. de BYNKERSHOEK pretend même, que le mot de *Quadrupes*, dans la Loi des *XII. Tables*, comprend auſſi les Bêtes féroces, de *Reb. Mancipi*, Cap. VI. *Opuſc.* page 121. Sur ce pied-là, la diſtinction s'évanouiroit. Ajoûtons ici quelque choſe touchant le dommage cauſé par un Enfant, ou par une perſonne qui eſt en démence, ou dans les accez d'une frénéſie. Mr. THOMASIUS, dans la Diſſertation que j'ai déja citée, (*Note* 4. de ce paragraphe) ſoûtient que le dommage doit être reparé des biens de l'Enfant, ou du furieux. Car, dit il, quoique ni l'un ni l'autre ne ſoient pas en état de faire du mal avec connoiſſance & avec déliberation, il ſuffit qu'ils ayent été la cauſe phyſique d'un dommage qu'ils n'avoient aucun droit de cauſer. L'obligation de reſtituer vient de la choſe même, où de l'Equité Naturelle, & non d'aucune Convention ou d'aucun Délit. Si l'on peut repouſſer un Furieux juſqu'à lui faire beaucoup de mal en ſa perſonne, pourquoi eſt-ce qu'on n'auroit pas droit de ſe dédommager ſur ſes biens de la perte qu'il nous a cauſée actuellement, ſans qu'on y ait donné lieu ſoi-même en aucune ſorte? car c'eſt une reſtriction qu'il faut toûjours ſuppoſer ici. Mais j'avouë qu'après avoir mieux examiné la matiere, ces raiſons ne me paroiſſent pas concluantes. L'Obligation de réparer le Dommage eſt une Obligation perſonnelle, & pour être attachée aux biens, il faut qu'elle ſoit auparavant impoſée à la perſonne à qui ces biens appartiennent. Or un Furieux, ou un Enfant, par cela même qu'ils n'ont pas l'uſage de la raiſon, ne ſont ſuſceptibles d'aucune obligation, pendant tout le tems qu'ils ſe trouvent dans cet état-là. La raiſon tirée du Droit qu'on a de repouſſer un Furieux juſqu'à lui faire du mal en ſa perſonne, ne prouve rien. Le cas eſt fort different, puiſqu'il s'agit de la défenſe de ſoi-même, qui comme nôtre Auteur l'a montré en ſon lieu, ne ſuppoſe pas néceſſairement dans celui contre qui l'on ſe defend, quelque mauvais deſſein ou quelque faute: au lieu qu'on ne peut être reſponſable d'un dommage, proprement ainſi nommé, que quand on a contribué à le cauſer par un acte de ſa propre volonté. Je conclus, que tout dépend ici de la générosité ou de l'humanité des intéreſſez. Du reſte, comme il arrive rarement, qu'il n'y ait de la faute

préjudicient point à la Loi qui ordonne de réparer le dommage. (10) Comme donc autrefois, lorſque la communauté des Biens ſubſiſtoit encore, chacun pouvoit légitimement, lorſqu'une Bête lui avoit fait du dégât ou l'avoit bleſſé, s'en dédommager ſur elle d'une maniere ou d'autre, rien ne nous donne lieu de préſumer que l'établiſſement de la Proprieté ait dépouillé de ce droit naturel tout autre que celui à qui la Bête appartient. D'ailleurs, le Maître de la Bête en retire du profit, & moi j'en ai reçu du dommage: or la réparation du Dommage eſt un titre infiniment plus favorable que la continuation du gain: donc je puis légitimement exiger du Proprietaire, ou qu'il me dedommage, ou, s'il ne veut point racheter ſa Bête à ce prix-là, qu'il me la livre.

Cette prétention eſt beaucoup mieux fondée, quand il s'agit d'un Eſclave, qui naturellement eſt tenu par lui-même du dommage qu'il a cauſé. Comme il n'a point de biens ſur leſquels on puiſſe ſe dédommager, & que ſa perſonne même appartient à ſon Maître, il eſt juſte que celui-ci ou répare le dommage, ou livre l'Eſclave. (k) Sans cela, les Eſclaves ſeroient autoriſez à inſulter impunément tout le monde, puiſqu'on ne pourroit tirer aucune réparation ni d'eux qui n'ont rien en propre, pas même leur perſonne, ni de leurs Maîtres. Et quand même un Maître voudroit, pour ce ſujet, faire fouetter ou mettre en priſon ſon Eſclave, cela ne ſuffiroit point pour ſatisfaire la perſonne lézée.

(k) Voyez *Digeſt.* Lib. IX. Tit. I. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur*, ibique Intt. Lib. XXXIX. Tit. II. *De damno infect.* &c. *Conſtantin. L'Empereur*, in *Baba Kama*, Cap. VI. §. 2. *Capitul. Carol.* Lib. III. C. XLIV.

Au reſte, il y a une remarque generale à faire au ſujet de la réparation du Dommage, c'eſt que cette réparation n'exempte point de la peine ceux qui ont cauſé du Dommage par un crime, ou par un délit (l): quoique, ſi l'on offre ſatisfaction de ſon pur mouvement, ce ſoit une marque certaine de repentir, qui diminue conſidérablement la faute (11). Mais il n'y a point de veritable repentir ſans reſtitution; & voici là-deſſus une belle réfléxion d'un ancien Hiſtorien Grec, au ſujet de *Michel le Paphlagonien*, Empereur d'Orient (m). *Il ne ceſſa point*, dit-il, *pendant le reſte de ſa vie, de pleurer le crime énorme qu'il avoit commis en tuant* Romain III. *& de travailler à appaiſer* Dieu *par de bonnes œuvres, en bâtiſſant des Monaſteres, & en aſſiſtant les Néceſſiteux. Tout cela ſans doute lui auroit ſervi de quelque choſe, s'il eût rénoncé à l'Empire, qui lui avoit fait commettre cet horrible attentat, & ſi répudiant l'Impératrice adultére, dont l'amour criminel avoit été la ſource de tant de crimes, il fût allé pleurer ſon péché dans la retraite, en qualité de ſimple particulier. Mais ne faiſant rien de tout cela, vivant toûjours dans un commerce infâme avec l'impudique* Zoé, *voulant retenir l'Empire à quelque prix que ce fût, ſe contentant de faire quelque libéralitez apparentes du Tréſor public, & s'imaginant par-là pouvoir obtenir le pardon de ſes crimes, il falloit qu'il crût la Divinité ou inſenſée, ou injuſte, de recevoir une pénitence faite des biens d'autrui, comme une expiation ſuffiſante de tant de méchancetez* (12).

(l) Voyez *Digeſt.* Lib. XLVII. Tit. II. *De furtis.* Leg. XLVIII.

(m) *Michaël Glycas*, Annal. Tom. IV.

ou de celui qui a ſouffert du dommage, ou de quelque autre, la queſtion eſt auſſi ſouvent ſuperfluë.

(10) J'ai fait voir le peu de ſolidité des raiſons de notre Auteur, dans une Note aſſez longue, ſur Grotius, *Liv.* II. *Chap.* XVII. §. 21. où l'on verra auſſi, pourquoi il faut décider autrement quand il s'agit du Dommage cauſé par un Eſclave. Ceux qui diſent (comme fait Mr. Hertius, & après lui Mr. Gundling dans ſon *Jus Natur. Cap.* X. §. 24.) que le Proprietaire de la Bête, qui ne veut pas la livrer, eſt cenſé par-là approuver le Dommage, ou s'engager à le reparer; ſuppoſent manifeſtement ce qui eſt en queſtion. Le Proprietaire ne fait qu'uſer de ſon droit, tant qu'il n'y a point de Loi Civile qui l'oblige à l'alternative dont il s'agit.

(11) Nôtre Auteur renvoye ici au paſſage de St. Luc, Chap. XIX. verſ. 8. Joignez ici ce qu'il dit dans l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. VI. §. 13. où il montre auſſi, que la pure vengeance eſt contraire au Droit Naturel: ce que pluſieurs Sages Payens ont reconnu. Voyez, par exemple, le *Criton* de Platon, page 49, *& ſeqq.* Tom. I. *Edit. H. Steph.* la II. Diſſertation de Maxime *de Tyr*; & ci-deſſus, *Liv.* II. *Chap.* IV. §. 12. *Note* 14.

(12) Nôtre Auteur citoit ici un paſſage qui certainement ne regarde en aucune maniere l'obligation de

Exemples de la maniere dont on doit reparer le Dommage.
1. Lorſqu'on a commis un *Homicide.*

§. VII. Pour éclaircir ce que nous venons de dire, il eſt à propos d'ajoûter ici quelques exemples alleguez par Grotius, qui feront comprendre de quelle maniere on doit (1) réparer le Dommage que l'on a cauſé. Un homme qui en a tué injuſtement un autre, eſt tenu de payer les frais des Médecins, ſi l'on en a fait pour cela, & de dédommager ceux que le Mort étoit tenu de nourrir en vertu d'une Obligation Parfaite, comme, Pere, Mere, Femme, Enfans (car il n'en eſt pas de même des Pauvres qu'il entretenoit uniquement par un principe de Charité). Ce dédommagement conſiſte à donner aux intéreſſez autant que peut monter l'eſpérance de leur entretien, eu égard non ſeulement aux biens du Mort, mais encore à ſon âge (2), & à celui des perſonnes qu'il faiſoit ſubſiſter (3). Un (a) Auteur moderne pré-

(a) *Ziegler ad Grot.* Lib. II. C. XVII. §. 13.

réparer le dommage. Valere Maxime, Lib. II. Cap. VIII. §. 4. raconte que *Q. Fulvius*, après avoir pris la Ville de *Capoue*, & *L. Opinius*, après avoir réduit les *Fregeliens* à ſe rendre, ne purent point obtenir du Sénat l'honneur du Triomphe. Surquoi l'Hiſtorien fait cette reflexion, que ce refus ne fut point l'effet de la jalouſie des Sénateurs Romains, mais de leur exactitude ſcrupuleuſe à obſerver les Loix, parmi leſquelles il y en avoit une qui portoit: Que l'honneur du Triomphe devoit être décerné uniquement à ceux qui étendroient les bornes de l'Empire Romain, & non pas à ceux qui recouvreroient ſimplement ce qui avoit déja été de ſa dépendance. *Car*, ajoûte-t-il, *il y a autant de différence entre ajoûter quelque choſe, & remettre en poſſeſſion de ce qui nous avoit été pris, qu'il y en a entre commencer de faire du bien à quelqu'un, & ceſſer de lui faire du mal.* Je laiſſe maintenant à juger au Lecteur s'il y a là rien qui ſe rapporte au ſujet de nôtre Auteur. Mais afin qu'on voye mieux la bevûë, voici le Latin: *Tantum enim intereſt, adjicias aliquid, an detractum reſtituas; quantum diſtat beneficii initium ab injuriæ fine.* Voyez Seneque, de Benefic. *Lib.* VI. Cap. XXVI. où il dit dans le même ſens: *Non eſt beneficium, injuriæ finis*; & Quintilien: *Nox tamen inter beneficia ducerem, injuriæ finem.* Declam. CCCXXIX. pag. 669. *Edit. Burm.*

§. VII. (1) Comme il y a une infinité de manieres de cauſer du Dommage, la maniere de le reparer varie auſſi extrêmement. Quelquefois le Dommage peut être reparé en lui-même, deſorte que les choſes ſont remiſes entierement dans le même état où elles étoient. On a pris quelque choſe: on la rend auſſi-tôt ou en ſi peu de tems, que celui à qui elle appartient n'a rien perdu pour ne l'avoir pas eu pendant ce court intervalle: il ne lui manque rien, & il ne reſte aucune trace du tort qu'on lui avoit fait. Quelquefois le Dommage eſt abſolument irréparable en lui-même, & ne peut être reparé que par rapport à d'autres perſonnes qui en ſouffrent, comme dans le Meurtre, ou dans l'Adultère: car il n'eſt pas plus poſſible de rendre l'honneur à une femme, que la vie à un mort. Quelquefois le Dommage ne ſçauroit être reparé qu'imparfaitement, comme quand on a noirci quelqu'un par des médiſances ou des calomnies: toutes les ſatisfactions & les retractations du monde ne détruiſent jamais entierement les mauvaiſes impreſſions faites ſur l'Eſprit des hommes, plus porté généralement à croire le mal que le bien. Quelquefois enfin, quoique le Dommage ne ſoit pas irréparable de ſa nature, il l'eſt par rapport à ceux qui l'ont cauſé, ſoit parce qu'ils ne peuvent ſçavoir juſqu'où & ſur qui il s'étend, ſoit à cauſe de l'impoſſibilité où ils ſont de dédommager les intereſſez. Voyez ce que j'ai remarqué ſur Grotius, Liv. III Chap. X. §. 4. *Note* 1. Un Valet, par exemple, qui par ſa négligence, ou par ſa malice, a été cauſe d'un Incendie, qui a conſumé un grand quartier de Ville, n'a ni n'aura jamais, ſans une eſpece de miracle, aſſez de bien pour payer la valeur de tant de bâtimens & de richeſſes, dont l'eſtimation eſt d'ailleurs fort difficile. En ces ſortes de cas une punition corporelle, d'ailleurs diſtincte, tient lieu de dédommagement, ou bien on tient quitte l'Auteur du dommage, à cauſe de l'impoſſibilité même de le reparer.

(2) Mais, dira-t-on, qui eſt-ce qui peut ſçavoir combien cet homme auroit vécu, ſi on ne l'eût pas tué? J'emprunterai de Mr. La Placette la réponſe à cette objection. » Il eſt vrai, *dit-il*, on ne peut pas le » ſçavoir: mais au défaut de la certitude, on ſe régle » ſur la plus grande probabilité. Or il y a deux voyes » pour trouver cette plus grande probabilité par rap- » port à la longueur de la vie. L'une eſt ce que les » Loix ont déterminé là-deſſus, fixant ſa durée, par » exemple, à ſoixante-ans; deſorte que ſur ce pied- » là, ſi celui qui a été tué avoit quarante ans, il faut » rendre aux intereſſez ce qu'il auroit pû gagner en » travaillant vingt ans. Bien entendu que l'âge de celui » qui a été tué ſoit conſiderablement audeſſous de ce » terme: car ſi, par exemple, il avoit cinquante-neuf » ans, cette eſtimation ne ſeroit pas juſte, & il ne ſe- » roit pas non-plus raiſonnable que l'on fût diſpenſé » de tout dédommagement, lorſque celui qui a été » tué auroit ſoixante ans ou au-delà. L'autre voye » qui paroît la meilleure, c'eſt de renvoyer le tout au » jugement équitable d'un ou de pluſieurs Arbitres, » honnêtes-gens & prudens, qui ayent égard à la » complexion, à la ſanté, & à la frugalité de celui dont » il s'agit, & qui prononcent enſuite ce qu'ils trou- » veront le plus vraiſemblable. « *Traité de la Reſtitution*, Liv. II. Chap. IV. page 157, 158.

(3) Notre Auteur remarque ici, que la maniere d'eſtimer à quoi peut ſe monter la nourriture, eſt déterminée dans le Digeste, Lib. XXXV. Tit. II. *Ad Leg. Falcid.* Leg. 68. Mais il s'agit là ſeulement du cas où il faut déduire d'un Legs d'Alimens ou d'Uſufruit, la portion neceſſaire pour laiſſer à l'Héritier le quart des biens du Défunt. Il y a même quelque embarras à expliquer cette Loi, & la concilier avec d'autres. Voyez Duaren. *ad Leg. Falcid.* Cap. 8. Mr. Noodt, *De Uſufructu*, Lib. II. Cap. VI. & Titius, *Obſ. in Lauterbach.* Obſ. 946. Le dernier Auteur remarque auſſi, (*Obſervation. in Puſendorf.* CLXX.) que dans cet exemple, & dans les ſuivans, on ne peut preſque jamais faire une eſtimation bien exacte du Dommage; & qu'à cauſe de cela on en

tend qu'il faut auſſi avoir quelque égard au gain que le Défunt pouvoit faire s'il eût vêcu plus long-tems, & qui auroit rendu l'héritage plus conſidérable. Mais ce gain n'étant pas aſſuré, on peut le mettre au nombre des choſes qui appartenoient au Défunt : d'ailleurs l'avenir eſt auſſi ſujet à apporter de la perte que du gain, & l'on ne ſauroit déterminer au juſte combien le Défunt auroit dépenſé de ce qu'il auroit gagné. (4) Ainſi la penſée de cet Auteur ne me paroît pas bien fondée.

Par *homicide injuſte* il faut entendre le meurtre d'une perſonne qui avoit droit de prétendre qu'on ne donnât aucune atteinte à ſa Vie, & à qui par conſéquent on fait du tort en la lui ôtant. Or la Vie de chacun doit être ainſi ſacrée à tout autre, par cela même que la Nature l'a fait un Animal Sociable, & qu'elle défend aux Hommes de ſe cauſer du dommage les uns aux autres. Chacun peut pourtant renoncer à ce droit, entant qu'en lui eſt, enſorte du moins que certaines perſonnes ne commettent aucune injuſtice en le bleſſant ou le tuant; *renonciation* qui eſt ou expreſſe, ou tacite. Elle eſt *tacite*, lorſque l'on attaque quelqu'un ſans un ſujet légitime. Car chacun ayant droit de repouſſer la violence par toutes ſortes de voyes, on ne peut s'en prendre qu'à ſoi-même lorſqu'on réduit quelqu'un à la néceſſité de nous faire du mal en ſe défendant. (b) La renonciation eſt (5) *expreſſe*, lorſqu'on en vient avec quelqu'un à la Guerre par une eſpece d'accord. Car c'eſt la Loi de la Guerre, que chacun peut impunément faire tous ſes efforts pour perdre ſon Ennemi. Et quoiqu'ici on péche quelquefois contre la Charité, la violation de cette Loi toute ſeule ne ſuffit point pour obliger à réparer le Dommage.

(b) Voyez *Plutarch.* Apophthegm. Lacon. pag. 233. F. Edit. Wechel. *Digeſt.* Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. IV. V. VII. §. 4. LII. §. 1.

Au reſte, la Vie d'une perſonne libre n'eſt point ſuſceptible d'eſtimation ; & quand elle le ſeroit, il ne ſe trouveroit perſonne à qui l'on pût en payer la valeur. Car la Vie du Défunt n'appartenoit point à ſes parens, ils avoient ſeulement intérêt à ſa conſervation : ainſi du moment qu'on leur a rendu à proportion de ce qu'ils perdent par ſa mort, ils ne peuvent prétendre d'autre dédommagement, en vertu d'aucune eſtimation de la Vie du Défunt. Il n'en eſt pas de même à l'égard d'un Eſclave; comme il appartient tout entier à ſon Maître, & qu'il entre dans le commerce à la maniere des autres biens, il a, comme eux, un certain prix; & lorſqu'on le tuë, il ſe trouve quelqu'un qui a droit de demander un dédommagement à proportion de ce qu'il vaut. Ou s'il paroît trop de dureté & d'inhumanité à faire eſtimation d'un Eſclave, comme on en feroit d'une Bête, il faudra dire que l'on n'aprécie pas

vient pour l'ordinaire à quelque accommodement. J'ajoûte, que chacun doit bien conſulter là-deſſus ſa Conſcience, & qu'il vaut toûjours mieux faire une reparation qui ſemble aller un peu au-delà du Dommage cauſé, que de s'expoſer à ne la pas faire ſuffiſante; la cauſe d'une perſonne lézée étant toûjours plus favorable que celle de l'auteur du Dommage. Il ne ſuffit pas même toûjours de ſatisfaire les intéreſſez ſelon ce que les Loix ou les Juges peuvent ordonner là-deſſus. Les Tribunaux Humains ou ne ſe mettent guéres en peine de procurer un tel dédommagement, ou le fixent ſur un pied qui ne répond pas toûjours à la grandeur du Dommage. Le Droit Romain n'y avoit aucun égard ſous prétexte qu'une Perſonne Libre n'eſt pas ſuſceptible d'eſtimation. Ce ne fut même que tard qu'on donna action en Juſtice aux parens du Mort, pour payer les frais des Médecins ou Chirurgiens, & autres ſemblables faits à l'occaſion de la bleſſure. Voyez Mr. NOODT, *Ad Leg. Aquil.* Cap II. & la *Collatio Moſaic. & Roman.* L. L. Tit. I. §. 11. avec les Notes de Mr. SCHULTING, *Juriſpr. Ante-Juſtin.* page 734. comme auſſi CUJAS, *Obſerv.* XIV. 4.

(4) Mr. VAN DER MUELEN (dans ſon Commentaire ſur GROTIUS, Lib. II. Cap. XVII. §. 13.) croit qu'il faut examiner ici la nature & la certitude du gain que le Défunt auroit pû faire. Si ce gain étoit entierement incertain, enſorte qu'il dépendît plus du hazard que de l'induſtrie du Defunt, on n'eſt tenu à aucun dédommagement. Mais ſi c'étoit un gain moralement certain, qui dût provenir ſelon toutes les apparences du travail & de l'induſtrie du Mort, tel qu'eſt le profit d'un Ouvrier ou d'un Artiſan, ou d'un Négociant en certaines ſortes de commerce; alors il faut dédommager de ce profit ceſſant les perſonnes intereſſées, en ſuivant l'eſtimation équitable d'un Arbitre, qui fera une déduction exacte de ce que le Défunt dépenſoit ordinairement, & qui aura égard aux circonſtances dont parle notre Auteur au commencement de ce paragraphe.

(5) Voyez ci-deſſous, *Liv.* V. *Chap.* IX. §. 3.

la perſonne même de l'Eſclave, mais ſeulement les ſervices qu'il pouvoit rendre à ſon Maître.

On doit réparer le Dommage de la même maniere, lorſque l'on a tué quelqu'un en ſe divertiſſant; car en ce cas-là le principe de l'action eſt cenſé auſſi criminel que la malice toute pure (c). La même choſe a lieu quand on commet un meurtre par ſa faute, & pour n'avoir pas eu la précaution & la circonſpection néceſſaire. En voici quelques exemples, (6) tirez des INSTITUTES (d). 1. Lorſqu'un Soldat s'exerçant à tirer dans un lieu qui n'eſt point deſtiné à cela, vient à percer de ſon dard quelqu'un qui paſſe: ou lorſqu'un Bourgeois fait la même choſe dans un lieu où les Soldats ſeuls ont accoûtumé de s'exercer. (e) Car un Soldat qui ſans y penſer tueroit quelqu'un dans un tel lieu, ne ſeroit point coupable, puiſqu'il faiſoit ſon devoir: celui qui s'étoit expoſé à aller dans un endroit où il couroit riſque de la vie, ne devroit s'en prendre qu'à lui-même. 2. Lorſqu'un Bucheron, (f) en jettant, ſans dire mot, une branche de deſſus un Arbre, tue un Eſclave qui paſſe dans le grand chemin, ou dans un ſentier de quelque terre voiſine. Car s'il a crié pour avertir les Paſſans, & que l'Eſclave n'ait point pris garde à lui, tant pis pour celui-ci; l'autre n'eſt nullement reſponſable du dommage. Que ſi l'Arbre ſe trouve éloigné du grand chemin, ou au milieu du champ, le Bucheron n'eſt pas non-plus coupable, quand même il n'auroit point crié, aucun Etranger n'ayant droit de paſſer par-là. 3. Si un (g) Médecin abandonne un malade, ou que par ignorance il lui donne des remedes pernicieux. 4. Lorſqu'un Muletier, faute d'adreſſe ou de force, n'a pû empêcher ſes Mulets d'écraſer quelqu'un; bien entendu qu'il ait embraſſé cette profeſſion de ſon pur mouvement, & non pas s'il y a été contraint, après avoir proteſté de ſon incapacité & de ſon peu de force (h).

Il y a auſſi beaucoup d'apparence que ceux à qui une Loi Divine (i) accordoit des Aſyles pour s'y réfugier après avoir commis un meurtre involontaire, étoient tenus à une pareille reparation: un homme, dans la main de qui une Coignée ſe démanche, n'étant pas exempt de toute faute; car il devoit avoir pris ſoin de mieux affermir le manche. (7) Mais je ne vois pas comment on peut accorder avec les Loix d'une Société Civile bien réglée, la permiſſion qu'avoit le (8) *Vengeur du ſang* de tuer impunément un tel homme, s'il le trouvoit hors des bornes de l'Aſyle. Tout ce qu'on peut dire là-deſſus, c'eſt que DIEU en (9) cela s'étoit accommodé au naturel dur & implacable de la Nation Judaïque.

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. XLVIII. Tit. VIII. *Ad Leg. Cornel. de Sicar.* Leg. IV. §. 1. ibique *Gothofr.* & Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. X.

(d) Lib. IV. Tit. III. *De Leg. Aquil.* Voyez auſſi *Digeſt. Ad Leg. Aquil.* §. 4. & ſeqq. & *Antiphon*, Orat. VII. dont on a cité un paſſage, Liv. I. Chap. VII. §. 16.

(e) Voyez *Digeſt.* Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. IX. §. 4.

(f) Voyez *Digeſt.* ibid. Leg. XXXI. *Lex Burgund.* Tit. XLVI.

(g) Voyez *Plin.* Hiſt. Natur. Lib. XXIX. C. I. Sect. 8. *Edit. Hard. Lex Wiſigoth.* L. XI. Tit. I. C. VI.

(h) Voyez *Digeſt.* Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil* Leg. V. §. 3. VII. §. 2, 5, 6, 8. VIII. IX. *princip.* §. 3. XI. *princip.* XXXI. LII. §. 2. où l'on trouve d'autres exemples.

(i) *Nombr.* Chap. XXXV. *Deut.* Chap. XIX.

2. Lorſqu'on a *eſtropié* quelqu'un.

§. VIII. CELUI qui a eſtropié quelqu'un eſt auſſi tenu de payer les frais des Chirurgiens, & de dédommager le Bleſſé, à proportion de ce qu'il l'empêche par-là (a) de gagner (1). Dans le Droit Romain on ne fait aucune attention aux cicatrices, ni à la

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. IX. Tit. I. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* Leg. III. & Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. VII. XIII. *princ.* & Tit. III. *De his qui effuderint vel dejecerint.* Leg. VII.

(6) Voyez ſur tout ceci le beau Traité de Mr. NOODT, *Ad Legem Aquiliam.*

(7) Notre Auteur remarquoit un peu plus haut, que, dans l'ALCORAN, (au Chap. *des Femmes*) il eſt ordonné qu'une perſonne qui, ſans y penſer, à tué un *Muſulman*, devra non ſeulement dédommager les Parens du mort, mais encore racheter à ſes frais un Muſulman priſonnier.

(8) C'étoit apparemment l'Héritier, ou plus proche parent du Défunt. Voyez les Notes de Mr. LE CLERC. L'Auteur citoit un peu plus bas, HOMER, *Odyſſ.* Lib. XV. verſ. 272. & TACIT. German. *Cap.* XXI. Voyez la Diſſertation de Mr. HERTIUS, intitulée, *De Herede occiſi vindice*, dans le III. Tome de ſes *Commentationes & Opuſcula*, &c.

(9) Voyez les Interprétes ſur MATTH. Chap. V. verſ. 38. *& ſuiv.* Dans le cas, dont il s'agit, il n'y avoit, de la part de DIEU, qu'une impunité accordée devant les Tribunaux Civils. Conferez ici ce que j'ai dit ſur GROTIUS, *Liv. I. Chap.* I. §. 17. *Note* 3.

§. VIII. (1) Voyez EXOD. XXI, 19. avec les Notes de Mr. LE CLERC. Selon les anciens Docteurs Juifs, il y a cinq choſes que l'on doit reparer, lorſqu'on a bleſſé quelqu'un; ſçavoir le *dommage*, la *douleur*, les *frais de la guériſon*, la *diſcontinuation du travail*,

à la laideur (2) qui ſuivent une bleſſure ; c'eſt-à-dire, quand il s'agit de perſonnes libres: car la délicateſſe & le luxe des Romains leur faiſant compter pour beaucoup

*travail*, & l'*ignominie*. I. Voici comment ils évaluoient le *dommage*. Si l'on avoit, par exemple, crevé l'œil, ou coupé la main, ou caſſé la jambe à quelqu'un, ils le regardoient comme un Eſclave que l'on iroit vendre au marché ; & ſur ce pied-là ils calculoient, de combien il valoit moins qu'il n'auroit valu auparavant. Ils faiſoient réfléxion, que, ſi l'on avoit égard à la difference des conditions & des états, il ne ſeroit pas poſſible d'établir une eſtimation fixe; parceque, dans cette prodigieuſe diverſité de genres de vie qui partagent les hommes, chacun trouveroit toûjours quelque choſe à alleguer, en vertu dequoi il feroit monter fort haut le dommage ou le défaut de la partie offenſée. Pour éviter donc cet inconvénient, ils vouloient qu'en pareil cas on regardât l'intereſſé comme un Eſclave dont on ne pouvoit ignorer le prix. Ainſi ſuppoſé qu'un homme, qui auroit valu, avant cet accident, cinquante ſicles, n'en valût plus que trente, l'Offenſeur devoit donner vingt ſicles. II. A l'égard de la *douleur*, ſi l'on avoit, par exemple, brûlé quelqu'un avec une Broche, ou avec un Clou, même dans l'ongle, où il ne reſte point de marque de brûlure, ils examinoient, pour combien un homme de pareille condition voudroit qu'on lui fit autant de mal. Car, comme il y a des perſonnes riches & délicates, qui ne ſauroient ſe réſoudre à ſouffrir la douleur la plus médiocre pour gagner une groſſe ſomme d'argent, on voit auſſi des Pauvres robuſtes & accoûtumez à la fatigue, qui pour un denier ſe laiſſeroient faire beaucoup de mal. Voici donc ſur quel pied on régloit l'eſtimation de la douleur. On ſuppoſoit qu'un Roi, par exemple, eût ordonné de couper la main à une perſonne de même condition que le Bleſſé, & on condamnoit l'Offenſeur à donner autant qu'offriroit cette perſonne pour obtenir, qu'au lieu de lui couper la main d'un grand coup de ſabre, on la lui emportât par quelque doux médicament. [ Voyez Digest. Lib. XLVII. Tit. X. *De injuriis*, &c. Leg. V. *princ.* & §. 1. où l'on dit, que *battre* eſt accompagné de douleur ; & *frapper*, ſans douleur : diſtinction qui ſemble inſinuer, que la douleur eſt ſuſceptible d'eſtimation. ] III. Lorſqu'après la *guériſon* entiere il ſe formeroit des puſtules ſur la cicatrice, on examineroit ſi c'étoit une ſuite du coup, qui avoit cauſé la bleſſure ; & en ce cas-là l'Offenſeur devoit les faire panſer à ſes frais : mais ſi elles venoient d'une autre cauſe, il n'étoit tenu à rien. Lorſque la playe, pour n'être pas bien guérie, ſe fermoit & ſe rouvroit de tems en tems, il falloit qu'il payât les frais des Chirurgiens : mais ſi elle avoit été une fois entierement conſolidée, ces frais ne le regardoient plus. [ On pourroit dire encore, que ſi la playe ſe rouvre d'elle-même, celui qui l'avoit faite doit payer les frais de la guériſon ; mais qu'il n'eſt tenu à rien ſi cela arrive par la faute du Bleſſé, ou par l'ignorance de celui qui le traite. ] IV. Pour la *diſcontinuation du travail*, on l'évaluoit en conſidérant le Bleſſé comme s'il gardoit des concombres ; & voici de quelle maniere on s'y prenoit. On ſuppoſoit que l'Eſtropié avoit été déja dédommagé du défaut de quelqu'un de ſes membres, & de la douleur qu'il ſouffroit : ainſi on prétendoit qu'il ne falloit plus mettre en ligne de compte ce qu'il auroit gagné s'il eût eu encore l'uſage de ſa main, par exemple, ou de ſon pied, mais ſeulement le préjudice qu'il recevoit, pendant le cours de ſa maladie, par rapport à l'ouvrage qu'il pouvoit encore faire, tout eſtropié qu'il étoit. On croyoit donc qu'il pouvoit demander ce qu'il auroit gagné par jour à garder un Jardin ſemé de concombres. Mais, comme il y a de la différence entre perdre une main, ou un Pied ; entre, garder le lit quelque tems pour une bleſſure qui n'empêche pas qu'on ne recouvre dans la ſuite une parfaite ſanté, & reſter eſtropié pour toute ſa vie ; le Rabbin Maimonide's diſtingue ſubtilement les différentes manieres d'évaluer la diſcontinuation du travail, ſelon la diverſité des cas. Si le bleſſé, dit-il, ſans perdre aucun membre eſt ſimplement obligé de garder quelque tems le lit, ou que ſa main s'enfle, enſorte qu'il ne laiſſe pas de recouvrer enſuite une entiere ſanté ; l'Offenſeur doit lui donner par jour, pendant toute la maladie, ce que peut gagner un Ouvrier, en faiſant l'ouvrage auquel le Bleſſé ſe trouve hors d'état de travailler. Mais ſi le bleſſé demeure eſtropié, on doit, après avoir reparé le dommage, ou la perte d'un de ſes membres, lui payer par jour, tout le tems de ſa maladie, ce que gagneroit un gardeur de concombres. Si on lui a caſſé une jambe, il faut le regarder comme un homme qui ſeroit à un corps de garde d'une ville. Si on lui a crevé lœil, il faut le conſiderer comme un homme qui tourneroit une meule. Et ainſi du reſte. V. Enfin, par rapport à l'*ignominie*, la reparation devoit ſe régler, ſelon les Docteurs Juifs, ſur la condition de celui qui fait l'affront, & de celui qui le reçoit. Car un affront eſt plus ſenſible de la part d'un homme du commun, que de la part d'une perſonne diſtinguée ; & ce qui fait peu d'impreſſion ſur une ame baſſe, pique très-vivement un homme qui a du cœur. Les mêmes Docteurs, pour le dire en paſſant, ajoûtent, que ſi, en tombant du haut d'un toit, on vient à bleſſer un paſſant, & à lui cauſer en même tems quelque accident ignominieux, par exemple, à le pouſſer dans un bourbier ; on eſt tenu du dommage, mais non pas de l'ignominie. ( Constantin. L'Empereur, *in* Baba Kama, C. VIII. §. 1. ) Voilà les déciſions des Rabbins, que notre Auteur auroit bien pû ſe paſſer de rapporter ſi au long, & que j'ai crû devoir renvoyer à cette Note. Ce qu'ils diſent ſur le dernier cas, eſt viſiblement abſurde ; à moins qu'on ne ſuppoſe que quelqu'un, qui eſt en ſon bon ſens, ira de gayeté de cœur ſe jetter d'un Toit en bas, ce qui n'eſt pas convenable. Quand même un Priſonnier, par exemple, le feroit, pour ſe ſauver, on devroit regarder comme un pur malheur le dommage qu'en recevroit celui qui ſe trouveroit deſſous. Il n'y a jamais, en de telles circonſtances, une liberté d'eſprit ſuffiſante pour rendre reſponſable des ſuites du mal auquel on s'expoſe ſoi-même.

(2) *Cum liberi hominis corpus ex eo quod dejectum effuſumve quid erit, læſum fuerit, Judex computat mercedes Medicis præſtitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta ſunt : præterea operarum, quibus caruit, aut cariturus eſt ob id, quod inutilis factus eſt. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit æſtimatio : quia liberum corpus nullam recipit æſtimationem.* Digeſt. Lib. IX. Tit. III. *De his qui effud. vel dejec.* Leg. VII. Mr. Titius (*Obſerv. in Lauterbach.* Obſ. CCLXVIII.) déſapprouve, auſſi-bien que notre Auteur, la penſée des Juriſconſultes Romains au ſujet de l'eſtimation des cicatrices &

la beauté des Eſclaves, un Maître avoit droit ſans contredit d'exiger quelque dédommagement de la difformité qu'une bleſſure cauſoit à ſon Eſclave. Mais, à en juger par le Droit Naturel, une Fille ou Femme à marier, dont le viſage eſt défiguré par une bleſſure, peut auſſi-bien prétendre qu'on la dédommage ſur un certain pié de la perte de cette avantage, qui tient ſouvent lieu de dot. Il eſt même certain qu'à parler généralement une grande Laideur emporte toûjours quelque choſe de fort deſagréable; car elle nous rend odieux non ſeulement à nous-mêmes, mais encore à autrui, & elle nous expoſe aux railleries & aux mépris des mauvais plaiſans. Il n'y a que les bleſſures reçues à la Guerre, (b) qui paſſent pour honorables, parcequ'elles ſont regardées comme des marques parlantes de bravoure.

(b) Voyez *Tit. Live*, Lib. XLV. Cap. XXXIX. *in fin. Senec. de Benefic.* Lib. V. C. XXIV.

Mais il faut bien remarquer, à l'égard de la réparation du dommage cauſé par la mutilation d'un Membre, que l'on ne met pas tant à prix le Membre en lui-même, dont tout l'argent du monde ne ſauroit égaler la valeur, que le préjudice qu'on reçoit par l'inutilité ou par la perte entiere de ce Membre. Les circonſtances du tems, des perſonnes, & des facultez, font connoître la grandeur du préjudice. Et le Juge, à qui il appartient de régler le dédommagement, doit comparer les Membres les uns avec les autres, non ſeulement par rapport à leur uſage, mais encore par rapport au degré de la douleur qu'on y ſouffre (c).

(c) Voyez *Boëcler ad Grot.* Lib. II. C. I. §. 6. pag. 9.

3. Lors qu'on a commis *adultere.*

§. IX. Un Homme, & une Femme Adultere, (1) ſont tenus non ſeulement d'indemniſer le Mari de la nourriture de l'Enfant, mais encore de réparer la perte que les Enfans légitimes peuvent faire en ce que l'illégitime concourt avec eux à la ſucceſſion. Mais il faut remarquer, que cet exemple regarde le tort qu'on fait à autrui d'une maniere indirecte, & par une ſuite de quelque autre acte; car d'ailleurs l'Adultere n'emporte directement aucun dommage pécuniaire. Un Auteur (a) moderne ſoûtient auſſi, qu'à la vérité le Mari doit être déchargé de la nourriture de l'Enfant illégitime; mais qu'il y a quelque lieu de douter, s'il faut dédommager les Enfans légitimes de la perte qu'ils font par la concurrence de l'Enfant illégitime au partage de la ſucceſſion. Car, dit-il, il s'agit ici ſeulement de la ſucceſſion maternelle, (2) à laquelle

(a) *Ziegler ad Grot.* Lib. II. Cap. XVII. §. 15.

de la laideur cauſée par une bleſſure. [ Je ne ſçai pourquoi l'un & l'autre parlent ici des *douleurs*, dont il n'y a pas un mot dans les Loix qu'ils citent; à moins qu'ils n'entendent cela par le mot de *cicatrices*, en quoi ils ſe tromperoient fort. ] Quoiqu'il en ſoit, de ce que la perſonne d'un homme libre n'eſt point ſuſceptible d'eſtimation, on peut bien, dit Mr. Titius, conclure qu'elle n'entre point dans le commerce: mais on ne ſauroit inferer de là, que le bleſſé ne puiſſe pas raiſonnablement exiger qu'on mette à prix la laideur, & les cicatrices, qui ſont des ſuites néceſſaires de la bleſſure. La Réputation, par exemple, n'eſt pas non-plus par elle-même ſuſceptible d'évaluation: cependant un homme noirci par des calomnies peut demander que l'Offenſeur ſoit condamné à une amende pécuniaire, en reparation d'honneur. Il eſt vrai que certaines gens, par une Grandeur d'ame, vraye ou affectée, tiennent au-deſſous d'eux de prendre de l'argent en dédommagement des coups & des bleſſures qu'ils ont reçuës; mais cela n'empêche pas qu'on ait droit d'exiger, ſi l'on veut, une telle ſatisfaction. En effet, comme le dit Grotius, (Liv. II. Chap. XVII. §. 22.) *l'argent eſt la meſure commune de toutes les choſes d'où il revient quelque utilité aux hommes.*

§. IX. (1) Voyez, ſur l'injuſtice & l'énormité du Crime d'*Adultere* les réfléxions que fait Mr. Wollaston, *Ebauche de la Relig. Natur.* pag. 241, *& ſuiv.* A l'egard de la reparation du Dommage à laquelle on eſt obligé pour cauſe d'Adultere, on peut conſulter le *Traité de la Reſtitution*, par Mr. La Placette, Liv. III. Chapitre XII. & XIII. où néanmoins je n'approuve pas tout, comme il paroîtra en comparant ſes déciſions avec ce que je dis dans les Notes ſuivantes.

(2) Au contraire, il ne s'agit point du tout ici de la Succeſſion maternelle. Les Enfans Illégitimes appartiennent naturellement à la Mere, tout autant que les Légitimes. Elle eſt également obligée de les nourrir, & ſelon le Droit Naturel tout ſeul, ils peuvent également prétendre à la Succeſſion des biens maternels, tant que la volonté de la Mere n'y a point mis de différence. Voyez ce que je dirai ſur *Liv. IV. Chap. XI. §. 6.* Note 3. Ainſi, à cet égard, une Femme mariée, qui met au monde quelque Enfant dont ſon Mari n'eſt pas le pere, ne fait pas plus de tort, proprement ainſi nommé, à ſes Enfans Légitimes, que quand elle ſe remarie légitimement; ou que le Mari lui-même ne leur en feroit, s'il avoit des Bâtards auſquels il pût, ſelon les Loix, faire part de ſa Succeſſion. Mais ſi les Enfans Légitimes n'ont ici aucun dédommage-

les Enfans illégitimes ne peuvent rien prétendre ſi quelque Loi ne leur en donne le droit. Mais ſuppoſé qu'en certains Etats les Loix appellent à la ſucceſſion maternelle les Enfans illégitimes auſſi-bien que les légitimes, ce ſera alors aux Loix qu'il faudra s'en prendre, & non pas à l'Homme ou à la Femme Adultere. On pourroit ajoûter une autre raiſon ſpécieuſe, c'eſt que, tant qu'un Pere ou une Mere ſont en vie, les Enfans n'ont point de droit parfait à la ſucceſſion : d'où vient qu'un Pere ne fait point de tort aux Enfans du premer lit en ſe remariant, quoique par-là l'eſpérance de leur ſucceſſion ſoit conſidérablement diminuée. Ainſi un Homme & une Femme Adultere ne ſemblent pas être indiſpenſablement obligez à dédommager les Enfans légitimes, n'y ayant que la violation d'un droit parfait qui impoſe la néceſſité de réparer le dommage. Mais il eſt clair que, dans cet exemple, on fait abſtraction & des réglemens des Loix Civiles à l'égard de la ſucceſſion des Enfans illégitimes aux biens de leur Pere ou Mere, & des peines établies contre les perſonnes convaincues du crime dont il s'agit. A l'égard même de celles qui ne ſont point découvertes, on a raiſon, à mon avis, de ſoûtenir qu'elles doivent en conſcience dédommager & le Mari, & les Enfans légitimes; car en vertu du but (3) des Contracts de Mariage, les Enfans légitimes peuvent prétendre du moins qu'aucun autre que le Mari légitime de leur Mere ne leur ſuſcite des Coheritiers; & le Mari a droit, en vertu du même engagement, de ſe diſpenſer de nourrir, même des biens dotaux de ſa Femme, les Enfans illégitimes qu'elle lui ſuppoſe.

§. X. LORSQU'ON a abuſé d'une Fille, ſoit par violence ou par artifice, on eſt tenu de la dédommager à proportion de ce qu'elle devient par-là moins en état de ſe marier. En effet, la fleur (a) de la Virginité tenant lieu d'une dot conſidérable, il eſt juſte que celui qui a dépouillé une Fille, malgré elle, d'un bien ſi irréparable, la dédommage, du moins, en lui donnant une ſomme conſidérable, qui puiſſe ſuppléer au défaut de ſa Virginité, & lui faire trouver un Mari à force d'argent. Mais la voye la plus naturelle & la plus commode de réparer ici le dommage, c'eſt d'épouſer la Fille (b) dont on a abuſé, à moins qu'il n'y ait une grande diſproportion de conditions, ou quelque autre obſtacle qui ne le permette pas. Pour celles qui s'abandonnent volontairement, elles ne doivent s'en prendre qu'à elles-mêmes; quoiqu'ordinairement on préſume, en faveur du ſexe, qu'il y a plus de la faute du Galant que de celle de la Fille. Mais ſi une Fille ne s'eſt rendue aux ſollicitations du Galant que ſous promeſſe de Mariage, il eſt indiſpenſablement tenu de l'épouſer. En vain objecteroit-on, que les Conventions qui concernent des choſes des-honnê-

4. Lorſqu'on a *abuſé d'une Fille.*

(a) *Apulei in Apolog.* p. 102. *Edit. Pricæi*, cujus vid. Not.

(b) Voyez *Exod.* XXII. 16, 17. *Deuter.* XXII, 28, 29.

ment à prétendre de la part de leur Mere, ils peuvent l'exiger de celui qui a eu commerce avec elle, & qui par-là eſt certainement cauſe qu'ils ont une moindre portion des biens maternels. C'eſt une diſtinction qu'il faut ajoûter, pour mieux développer & décider la queſtion, que ne fait nôtre Auteur. Voyez la Note ſuivante.

(3) Mr. THOMASIUS, dans ſes *Inſtitut. Juriſpr. divin.* Lib. II. Cap. V. §. 50. dit que cette raiſon de nôtre Auteur, priſe du Contract de Mariage, eſt un peu tirée de loin, & ne s'accorde pas avec la nature des Conventions en general; car, ajoûte-t-il, les engagemens du Mariage ſe contractent entre le Mari & la Femme, par rapport auſquels les Enfans ſont hors de toute convention (*ſunt extra pacta.*) Mais nôtre Auteur ne prétend pas que les enfans entrent pour rien dans les engagemens du Mariage d'où ils ſortent, leſquels engagemens ſont contractez avant qu'ils fuſſent au monde : il dit ſeulement, qu'*en vertu du but des Contracts de Mariage*, les enfans ont droit de prétendre que perſonne ne les fruſtre de ce qu'ils ont lieu d'eſperer. Or il eſt bien certain que ſi la mere n'eût pas commis adultere, la portion des biens, tant paternels que maternels, auroit été plus grande pour chacun des Enfans légitimes. Ainſi le Pere de l'Enfant ſuppoſé doit dédommager les Enfans légitimes, par rapport à ce qu'ils perdent de l'une & de l'autre ſucceſſion : mais la Mere n'y eſt obligée qu'à l'égard des biens de ſon Mari, ou du Pere putatif. Voyez la Note précédente, en expliquant ici la matiere il eſt aiſé de décider les cas qui s'y rapportent, & de répondre aux difficultez.

tes, ſont nulles ; car la Loi Naturelle ne preſcrit point de laiſſer paſſer quelque intervalle de tems entre une promeſſe de Mariage & ſon exécution (c), cette pratique n'eſt fondée que ſur les Coûtumes & ſur les Loix Civiles (d). Ainſi par le Droit Naturel tout ſeul il n'y a rien de criminel dans une convention comme celle-ci : *Je vous promets de vous épouſer, pourvû* (1) *que tout-à-l'heure vous m'accordiez la jouïſſance de vôtre Corps, comme ſi vous étiez ma Femme.* Mais lors même qu'il y a quelque choſe de des-honnête dans ces commerces anticipez, l'eſpérance de Mariage ſous laquelle on y a conſenti, eſt une excuſe ſi favorable, qu'on la croit ſuffiſante pour empêcher la nullité de la promeſſe.

(c) Voyez *Tobie*, VII, 10, 18.

(d) Voyez dans le Droit Canon, *Gratian.* Cauſ. XXVII. Quæſt. II. Cap. XXXIX.

5. Lorſqu'on a *dérobé* ou *enlevé* quelque choſe.

§. XI. Un Larron & un Raviſſeur doivent reſtituer ce qu'ils ont pris, avec tous ſes accroiſſemens (1) naturels, comme auſſi réparer le *dommage* (2) *émergent*, & le *profit ceſſant*, ſans préjudice de la peine établie d'ailleurs pour cauſe de Larcin ou de Vol. En effet, la réparation du dommage tendant à la ſatisfaction de la perſonne lézée, & la peine ayant pour but le bien de l'Etat, on ne ſauroit en aucune maniere prétendre que celui à qui l'on a pris quelque choſe ſe tienne ſuffiſamment dédommagé par la punition du Voleur, & qu'il conſente à perdre ainſi ſon bien. C'eſt donc une pratique injuſte & déraiſonnable, (a) que celle de quelques lieux, (3) où les Juges confiſquant à leur profit la choſe dérobée, ne donnent d'autre ſatisfaction au Proprietaire que le ſupplice du Criminel. Il n'eſt pas non-plus conforme au Droit Naturel, d'obliger celui qui a été volé à payer les dépenſes néceſſaires pour le ſupplice du Voleur ; car la punition des Crimes étant une des fonctions eſſentielles du Magiſtrat, ſi les biens du Criminel ne ſuffiſent pas aux frais des procédures & du ſupplice, c'eſt au Public à payer le ſurplus, & non pas à la perſonne lézée : tout de même que, quand un Etat entreprend la Guerre pour tirer raiſon des injures faites à quelques Citoyens, ceux-ci ne ſont pas tenus de payer eux ſeuls les frais de cette entrepriſe. Et cela doit d'autant mieux avoir lieu dans l'exercice de la Juſtice, que les amendes pécuniaires qui proviennent de certains délits, entrent dans le Tréſor public. Autre choſe eſt, lorſque le Juge donne le choix à la perſonne volée, ou de recouvrer ſon bien, ou de faire pendre le Voleur ; car ſi elle choiſit le dernier, elle n'a plus rien à prétendre. Mais comme l'uſage des peines doit être

(a) Voyez *Carol.V. Ord.Crimin.* Artic. CCXVIII. Digeſt. Lib. XV. Tit. I. *De Peculio.* Leg. III. §. 12. & Lib. XLVII. Tit. II. *De furtis*, Leg. LVI. §. 1. & Tit. IX. *De Incendio, ruina*, &c. Leg. VII. *princip.*

§. X. (1) Dès-là le Mariage eſt fait & conſommé, dans l'Etat de Nature, dit Mr. THOMASIUS, *ubi ſuprà*, §. 51.

§. XI. (1) Voyez Liv. IV. Chap. VII. §. 3.

(2) Voyez ci-deſſus §. 3. Note 11.

(3) Voyez ci-deſſous, Liv. IV. Chap. XIII. §. 4 ſur la fin, & ce que dit là-deſſus Mr. HERTIUS, ici & dans ſa Diſſertation *de ſuperioritate territoriali*, §. 56. Mr. THOMASIUS ſoûtient pourtant (*Diſſ. de Statuum Imperii poteſt. legiſlat.* §. 41.) que cette confiſcation, quoiqu'elle paſſe pour contraire au Droit Naturel parmi pluſieurs Peuples, peut être juſtifiée par d'aſſez bonnes raiſons, lorſqu'une longue Coûtume ou une Loi expreſſe l'ont établie dans un Païs. Par exemple, dit-il, l'intention du Peuple, ou du Légiſlateur peut avoir été de rendre les Proprietaires plus ſoigneux de garder leur bien, ou de deſtiner ces biens volez, mais recouvrez, à fournir aux dépenſes neceſſaires pour la punition des Voleurs, à quoi les Citoyens doivent d'ailleurs contribuer. Je n'examine pas ſi ces raiſons ſuffiſent pour autoriſer en conſcience à profiter du benefice d'une telle Loi, quelque établie qu'elle ſoit par une Autorité légitime. Je remarquerai ſeulement que ſuppoſé qu'il n'y ait là rien de contraire à l'Equité Naturelle, ce ne ſera du moins qu'entre les Citoyens du même Etat que l'on pourra préſumer avoir conſenti à ſouffrir la perte qui leur arrive par l'effet d'une Loi ou d'une coûtume qui eſt également pour chacun. Mais du moins quand il s'agira de biens volez à un Etranger, il faudra en revenir aux maximes du pur Droit Naturel, qui à mon avis, n'autoriſent nullement un tel uſage. Mr. *Thomaſius* prétend tirer avantage de ce que les partiſans de l'opinion contraire à la ſienne reconnoiſſent qu'on peut confiſquer les biens volez aux Sujets d'un Etat chez qui on en uſe de même ; car, dit-il, de l'aveu de tous les Docteurs, le droit de *Repréſailles* n'a point de lieu dans tout ce qui repugne à la Loi de Nature. Sur quoi il allégue l'Exemple du larcin & de l'Adultere. Mais il en eſt ici de même que quand on fait mourir quelqu'un, ou qu'on arrête ſes effets, par droit de repréſailles ; ce qui d'ailleurs ſeroit contre le Droit Naturel. On ne fait que repouſſer une eſpece d'Acte d'hoſtilité. Joignez ici ce que j'ai dit dans mon *Diſcours ſur le Benefice des Loix*, pag. 14, 15. *Edit. d'Amſt.*

réglé ſur l'utilité publique, & non pas ſur la paſſion ou ſur le caprice des Particuliers, un Juge ne fait pas bien de laiſſer une telle choſe en la diſpoſition de la perſonne lézée.

GROTIUS prétend, que ſi la choſe dérobée vient à périr ou à ſe perdre, celui qui l'a priſe doit la payer ſur un pié qui ne ſoit ni trop haut ni trop bas, mais entre-deux: déciſion qui a été avec raiſon déſapprouvée par un (b) de ſes Commentateurs. Car en vertu dequoi devroit-on faire quelque grace au Voleur? Et ſi un homme qui, pour faire plaiſir à quelque autre, lui vend une choſe dont il ne ſe ſeroit pas défait ſans cela, peut légitimement la mettre au plus haut prix, pourquoi devroit-on relâcher quelque choſe en faveur d'une perſonne qui a pris nôtre bien ſans nôtre conſentement? Le Droit Romain veut au contraire qu'on évaluë (4) ſur le plus haut pié ce qui a été volé, & qui ſe trouve perdu.

(b) *Ziegler*, ſur Liv. II. Chap. XVII. §. 16.

Mais, que la choſe volée ſoit ou ne ſoit pas en nature, le Voleur eſt toûjours indiſpenſablement tenu de reſtituer, ou par lui-même, ou par ſes Héritiers, auſquels pourtant on ne ſauroit rien demander au-delà de la valeur de la ſucceſſion (5). Il n'importe pas non-plus, que le coupable ait été puni ou non; car il n'y a point d'injuſtice, ni de cruauté, à exiger d'un Voleur, qu'après avoir ſubi le dernier ſupplice, ou quelque autre peine afflictive, il paye encore de ſes biens les dommages & intérêts. En vain allégue-t-on ici la maxime commune, que (c) *la Mort met fin à tout;* car la Mort rompt bien tous les engagemens perſonnels, mais elle n'abolit point les Dettes qui ſont, pour ainſi dire, attachées aux biens, enſorte qu'elles les ſuivent, à quelques Maîtres qu'ils paſſent. Or telle eſt ici l'obligation de réparer le Dommage.

(c) *Novell.* XXII, Cap. XX.

Par les exemples que nous venons d'alléguer, il eſt aiſé de juger des autres ſortes de (d) Dommage, & nous traiterons encore ailleurs de quelques-uns en particulier (6).

(d) Voyez pour le dommage cauſé par quelque Bête, le *Titre* du Digeſte, *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur*, Lib. IX. Tit. I.

(4) *Placet tamen, id tempus ſpectandum, quo res umquam plurimi fuit.* DIGEST. Lib. XIII. Tit. I. *De condit. ex cauſa furt.* Leg. VIII. §. 1. Voyez auſſi *Leg.* XX. & Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. II. *princ.* & Lib. XII. Tit. III. *De in litem jur.* Leg. IX.

(5) Voyez Liv. IV. Chap. XI. §. 19.

(6) Nôtre Auteur a ramaſſé pluſieurs exemples particuliers, dans ſes *Elem. Juriſpr. Univerſ.* (page 453. & *ſeqq.*) Avant que de finir ce Chapitre, faiſons en peu de mots après Mr. BUDDEUS (*Element. Phil. Practic.* II. Part. Cap. IV. Sect. V.) l'application des maximes qui viennent d'y être établies, au *Droit des Gens*, pris dans le ſens que nôtre Auteur l'entend, Liv. I. Chap. III. §. 23. Les Peuples peuvent donc ſe faire du mal & s'offenſer les uns les autres, ou à l'égard du Corps même de l'*Etat*, qui répond à la vie d'un homme; ou à l'égard de l'*Eſtime*; ou à l'égard des *Droits parfaits*; ou enfin à l'égard de quelqu'un des *Membres* & des *Citoyens*, qui ſe trouve lézé ou en ſa perſonne, ou en ſes biens, ou en ſa réputation, ou en ſes Droits. De-plus un Peuple en offenſe un autre, ou *directement*, lorſque par ordre de celui ou de ceux qui ont en main la Puiſſance Souveraine, quelqu'un cauſe du dommage à l'autre Peuple, de quelque maniere que ce ſoit: ou *indirectement*, lorſque le Souverain ne punit pas les attentats de ſes Sujets contre cet autre Peuple; ou que pouvant les empêcher, il ne le fait pas; comme ſi, par exemple, il ne met pas en uſage les moyens qu'il pourroit & qu'il devroit employer pour prévenir ou faire ceſſer les Brigandages & les Pirateries; ſi faute de payer ſes Troupes, il réduit le Soldat à la néceſſité de piller également Amis & Ennemis; s'il donne retraite à ceux de qui l'autre Etat a reçu quelque offenſe ou quelque dommage, &c. (Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. XVII. §. 20.) En tous ces cas-là il eſt obligé à reſtitution, & l'autre Etat peut non ſeulement ſe faire raiſon par les armes, ſi la choſe en vaut la peine, mais encore continuer la Guerre juſques à ce qu'il ait pourvû à ſa propre ſureté pour l'avenir; ce qui n'eſt pas permis de Citoyen à Citoyen. On parlera de cela plus au long, en traitant des droits de la Guerre.

# CHAPITRE II.

## *De l'obligation où ſont tous les Hommes*, DE SE REGARDER LES UNS LES AUTRES COMME NATURELLEMENT E'GAUX.

Tous les Hommes doivent *ſe regarder les uns les autres comme naturellement égaux.*

§. I. OUTRE cet amour ardent que chacun a pour ſa Vie, pour ſon Corps & pour ſes Biens, & qui le porte invinciblement à fuir ou repouſſer tout ce qui tend à leur deſtruction, il y a un autre ſentiment bien vif que l'on trouve profondément gravé dans le Cœur Humain, c'eſt une haute *eſtime de ſoi-même*, dont on eſt ordinairement ſi jaloux, qu'on ne ſauroit en voir rien rabattre ſans s'irriter preſque autant, & ſouvent même plus, que ſi l'on recevoit du dommage en ſes biens ou en ſa propre perſonne. Pluſieurs choſes concourent à augmenter cette opinion avantageuſe; mais elle paroît avoir ſon principal fondement dans nôtre nature même. En effet, le ſeul mot d'*Homme* emporte une idée de dignité, & la raiſon la plus forte, auſſi-bien que la derniere reſſource qu'on a toûjours en main, pour rabattre l'inſolence d'une perſonne qui nous inſulte, c'eſt de lui dire: *Après tout, je ne ſuis pas un Chien, je ſuis Homme auſſi-bien que toi* (a). Comme donc la Nature Humaine ſe trouve la même dans tous les Hommes, & que d'ailleurs il ne ſauroit y avoir de ſocieté entr'eux s'ils ne ſe regardent du moins comme ayant une nature commune, il s'enſuit que, par le Droit Naturel, CHACUN DOIT ESTIMER ET TRAITER LES AUTRES COMME LUI ÉTANT NATURELLEMENL ÉGAUX, c'eſt-à-dire, *comme étant auſſi-bien Hommes que lui* (1).

(a) Voyez *Stace*, *Theb.* Lib. XII. verſ. 556. *& ſeqq.*

En quoi conſiſte cette égalité naturelle.

§. II. POUR mieux comprendre cette égalité naturelle, il faut examiner ici les principes (a) d'HOBBES. Il la réduit donc à une ſimple égalité de Forces & de Facultez Naturelles, qui ſe remarque dans les Hommes faits, & de laquelle il infere qu'ils ont tous ſujet naturellement de ſe craindre les uns les autres (1); car, dit-il, quoiqu'un homme ſoit plus foible qu'un autre, il peut pourtant le tuer ou par ruſe & par embuches, ou par adreſſe, ou avec le ſecours d'une bonne arme: enſorte qu'il n'y a perſonne qui, étant en âge d'Homme fait, ne ſoit capable de cauſer à tout autre, ſi fort & vigoureux qu'il ſoit, le plus grand de tous les Maux naturels (b). Ainſi, ceux qui ont à craindre l'un de l'autre un mal pareil étant égaux entr'eux, & ceux qui

(a) *De Cive*, Cap. I. §. 2. & *Leviath.* C. XIII.

(b) Voyez un paſſage de *Seneque*, cité, Liv. II. Ch. II. §. 6. *Note* 1.

CHAP. II. §. I. (1) C'eſt une conſéquence de la maxime qui vient d'être expliquée dans le Chapitre précedent. Car chacun ayant un droit parfait de prétendre qu'on le regarde & qu'on le traite comme un Homme, quiconque agit autrement avec un autre, lui cauſe un véritable Dommage. Ce devoir ayant pour fondement un état immuable, ſçavoir celui que les hommes ſe trouvent préciſément entant qu'Hommes, eſt auſſi non ſeulement général, mais encore d'une Obligation perpétuelle; deſorte que, malgré toutes les inégalitez produites par le changement & la diverſité des *Etats Acceſſoires*, les droits de l'égalité naturelle ſubſiſtent toûjours invariablement, & conviennent à chacun par rapport à tout autre, de quelque condition qu'il ſoit. Il n'y a même guéres que les Superieurs inſolens, qui violent directement ce Devoir, en traitant leurs Inferieurs d'une maniere inhumaine en exigeant d'eux des travaux exceſſifs, en les tuant, ou expoſant ſans neceſſité leur vie, comme s'ils étoient des Bêtes. Car, quelque commun que ſoit le mépris parmi les Hommes, il n'empêche pas toûjours de regarder ceux que l'on mépriſe, comme étant de même nature que nous: on ſe contente ordinairement de les tenir pour des ſots, ou pour des gens de peu de conſideration; en un mot pour des gens qui n'ont pas le mérite & les avantages dont on croit être ſoi-même pourvû. TITIUS, *Obſerv.* CLXXII.

§. II. (1) Dans l'Original, ce paragraphe eſt plein de négligences, d'inexactitudes, & de ſuperfluitez, qui rendent quelquefois le diſcours fort embarraſſé. J'ai tâché de le debrouiller & de le raccommoder, le mieux que j'ai pû, en ſuivant exactement les idées de l'Auteur, & celles d'HOBBES, dont il rapporte les principes.

peuvent ſe cauſer les uns aux autres les plus grands maux pouvant à plus forte raiſon s'en cauſer de moindres, il s'enſuit, que tous les Hommes ſont naturellement égaux (c). Hobbes ajoûte, que *l'inégalité qu'il y a maintenant entre les Hommes, doit ſon origine aux Loix Civiles.* Mais cette inégalité regarde uniquement l'état ou la condition morale des Hommes, & non pas leurs forces naturelles. Les Loix Civiles ne rendent pas une perſonne plus robuſte que l'autre, elles lui procurent ſeulement un plus haut degré d'eſtime & de diſtinction; ainſi ce n'eſt pas raiſonner juſte, que d'oppoſer l'inégalité introduite par les Loix Civiles, à l'égalité naturelle des Forces Humaines. Je ne ſaurois non-plus approuver ce qu'Hobbes (d) avance, qu'*il y a plus d'égalité dans les Facultez de l'Ame que dans les Forces du Corps. Car*, dit-il, *la Prudence vient uniquement de l'expérience, & la Nature donne cette qualité dans un égal eſpace de tems, à tous ceux qui s'attachent à une choſe avec le même degré d'application.* Mais on voit au contraire tous les jours, que l'un pénétre mieux que l'autre les conſéquences d'un principe, applique plus heureuſement ſes obſervations précédentes, & découvre plus finement ce qu'il y a de conforme ou de différent dans les cas particuliers. D'où vient que ſouvent de deux perſonnes qui ont été occupées aux mêmes affaires un égal eſpace de tems, l'une ſe fait diſtinguer par ſon habileté, pendant que l'autre conſerve encore preſque toute ſa ſtupidité naturelle, quelque longue expérience qu'elle ait. Et la différence que l'on trouve entre les Hommes à l'égard de la Prudence, ne vient pas uniquement de *l'illuſion de ceux qui s'eſtiment trop eux-mêmes, ou de ce que chacun ſe croit beaucoup plus ſage que tout autre, à la reſerve d'un petit nombre de gens diſtinguez, que l'on admire ou à cauſe de leur réputation, ou à cauſe de la conformité de ſentimens qu'on a avec eux.* Car cette différence ne ſe remarque pas ſeulement dans la comparaiſon que l'on fait de ſoi-même avec autrui, mais encore lorſque l'on compare enſemble deux ou pluſieurs autres perſonnes qui nous ſont indifférentes. D'ailleurs, on n'eſt pas toûjours porté à prononcer en faveur de ceux avec qui on a quelque conformité ou quelque liaiſon particuliere; mais on donne ordinairement l'avantage à ceux qui réüſſiſſent dans l'exécution de leurs deſſeins. J'avoue que, comme l'eſprit Humain eſt naturellement avide de gloire, il n'y a perſonne qui ne ſe fâche lorſqu'on le traite de ſot ou (2) d'imprudent, & qui ne haïſſe au dernier point ceux qui veulent eux-mêmes ſe faire regarder comme plus ſages que tous les autres. Mais il ne s'enſuit point de là, que perſonne ne reconnoiſſe aucun autre pour plus habile que ſoi. Car ſi l'on voit, par exemple, quelqu'un qui par ſon adreſſe ſe tire d'un péril où l'on a ſuccombé ſoi-même, on ne ſauroit s'empêcher d'avouer qu'il a eu plus d'eſprit que nous. Cependant, comme chacun eſt également libre & maître de lui-même, on n'a nul droit de prétendre que ceux qui ſont moins ſages & moins en état de ſe conduire, ſe ſoûmettent à nôtre direction, ſans qu'ils y ayent conſenti volontairement, ſurtout s'ils témoignent être contens du peu de pénétration & de bon ſens que la Nature leur a donné.

(c) Voyez *Virgil.* Æneid. X. verſ. 376.

(d) *Leviath.* Cap. XIII.

Mais quoique l'égalité des Forces Naturelles puiſſe empêcher qu'on n'inſulte témérairement les autres, y ayant de la folie à attaquer un Adverſaire de qui l'on court riſque de recevoir autant de mal qu'on veut lui en faire, ce n'eſt pas de cette ſorte

(2) Il y a dans le Latin, même dans la derniere édition de 1706. *impudentiam.* Mais c'eſt ſans doute une faute d'impreſſion, pour *imprudentiam.* Je ne ſçai en vertu de quoi le Traducteur Anglois a mis *ignorance.*

d'égalité qu'il s'agit ici, mais d'une autre bien différente (3), dont l'obſervation religieuſe importe ſouverainement au Genre Humain, & qui peut ſeule entretenir une harmonie bien réglée dans cette varieté infinie de degrez, ſelon leſquels la Nature diſpenſe aux Hommes les avantages du Corps ou ceux de l'Eſprit. C'eſt que, comme dans une République bien policée chaque Citoyen jouït également de la Liberté, quoique l'un ſoit plus conſidéré ou plus riche que l'autre : de même, (4) quelque avantage qu'on puiſſe avoir ſur les autres à l'égard des qualitez naturelles du Corps ou de l'Eſprit, on n'eſt pas moins tenu pour cela de pratiquer envers eux les maximes du Droit Naturel, qu'ils ne doivent les obſerver envers nous, & l'on n'a pas plus de droit de leur faire du tort, qu'il ne leur eſt permis de nous en faire à nous-mêmes. Au contraire, les perſonnes les plus diſgraciées de la Nature ou de la Fortune, peuvent prétendre auſſi légitimement que celles qui en ſont favoriſées, une jouïſſance paiſible & entiere des droits communs à tous les Hommes. En un mot, toutes choſes d'ailleurs égales, il n'y a perſonne, de quelque condition qu'il ſoit, qui ne puiſſe attendre ou exiger raiſonnablement des autres ce qu'ils attendent ou qu'ils exigent de lui, & qui ne doive au contraire leur accorder par rapport à ſoi le même droit qu'il s'attribue par rapport à eux (5). Ainſi l'on ne ſauroit approuver la réfléxion

(3) Il paroît par-là, de quelle maniere on doit entendre ce que dit nôtre Auteur dans ſon Abregé, *Des Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. C. VII. §. 2. Mr. TITIUS a très-mal pris en cet endroit ſa penſée. Il lui fait dire dans ſes Remarques ſur l'Abrégé rimprimées en 1709. ſans aucun changement, *Obſ.* CLXXIII. *& ſeqq.*) que l'Egalité naturelle des hommes, ou la conformité de nature qu'il y a entr'eux, ſe prouve par trois raiſons : La premiere, *que leurs forces ſont égales :* La ſeconde, *que les biens de la Nature & de la Fortune dont ils jouïſſent, ſont inégaux :* Et la derniere, que *tous les hommes ſont dans les mêmes Obligations Naturelles.* Mais ſi l'on y fait bien attention, l'on trouvera que le Syſtême de nôtre Auteur ſur cette matiere eſt bien différent, & qu'il ſe réduit à ceci. Il poſe d'abord comme une choſe évidente d'elle-même, que tous les hommes ont une même nature, & qu'ils doivent ſe regarder les uns les autres ſur ce pied là. Dans le paragraphe ſecond, il examine en particulier par quel endroit il eſt à propos d'envisager cette égalité naturelle, pour en tirer des conſéquences par rapport à la maniere dont on doit agir avec les autres. Pour cet effet, après avoir rapporté l'opinion d'HOBBES, qui ne fait attention qu'à l'égalité des forces & des facultez naturelles, entant que cette égalité, qui peut être appellée *purement Phyſique*, donne lieu aux Hommes de ſe craindre les uns les autres ; il remarque, que toutes les conſéquences qu'on peut tirer de là, ſe réduiſent à une maxime de Prudence, qui eſt qu'on ne doit pas s'engager témérairement à inſulter les autres, puiſqu'étant auſſi forts que nous, ils peuvent nous rendre la pareille avec uſure. Ainſi nôtre Auteur n'avoit garde de mettre cette maxime au rang des Devoirs abſolus qui ſe rapportent à autrui, puiſqu'elle regarde directement nôtre propre avantage. Il ſe borne donc, comme il le fait entendre aſſez clairement, à la conſideration d'une Egalité Morale, qu'il appelle *Egalité de Droit*, & qu'il ſuppoſe réſulter de la conformité d'une même nature. Ainſi tombe l'Analyſe que Mr. *Titius* fait du diſcours de nôtre Auteur. Mais je ne ſçaurois aſſez m'étonner qu'un homme, qui commente un Ouvrage, ayant lû ces paroles : *quoique les uns tiennent de la Nature diverſes qualitez avantageuſes de l'Eſprit & du Corps, qu'elle a refuſé aux autres, ils ne ſont pas pour cela moins tenus que ceux-cy de pratiquer envers eux les maximes de la Loi Naturelle*, &c. je ne ſçaurois, dis-je, aſſez être ſurpris que là-deſſus on faſſe raiſonner ainſi nôtre Auteur : *Les hommes ſont inégaux à l'égard de divers biens ; donc ils ſont égaux par rapport à la conformité d'une même nature, ou à l'Humanité.* A moins que d'avoir perdu l'eſprit, on ne s'aviſeroit point de faire un tel Enthymême, & aſſurément on ne trouvera point de pareilles fautes dans cet ouvrage. Je ſuis fort ſurpris que Mr. OTTO, dans ſes Notes ſur l'Abregé *De officio Hom. & Civ.* publiées en 1728. ait ici copié Mr. TITIUS, ſans autre examen.

(4) Conſultez ici l'*Ebauche de la Religion Naturelle*, par Mr. WOLLASTON, page 222, *& ſuiv.*

(5) *Prima enim pars Æquitatis, eſt Æqualitas.* SENEC. *Epiſt.* XXX. *Le fondement de l'Equité, c'eſt l'Egalité.* Voyez auſſi, *de Ira*, Lib. I. Cap. XIV. PHÆDR. Lib. I. Fab. XXVI. verſ. 12. Edit. Burmann. DIOD. SICUL. Lib. XIII. Cap. XXX. *Euripid. Phœniſſ.* verſ. 538. *& ſeqq.* QUINTILIAN. Declam. III. pag. 67. in fin. *Edit. Burm.* CUMBERLAND. *De Leg. Natur.* Cap. II. §. 7. Toutes citations de nôtre Auteur, qui rapportoit encore ici, & déſapprouvoit en même tems cette maxime de CICERON : *Itaque Lex ipſa natura, quæ utilitatem hominum conſervat & continet, decernit profecto, ut ab homine inerti atque inutili ad ſapientem, bonum fortemque virum transferantur res ad vivendum neceſſariæ : qui ſi occiderit, multum de communi utilitate detraxerit.* *De Offic.* Lib. III. Cap. VI. „La Loi même de Nature, qui tend à maintenir „l'intérêt général de la Societé Humaine, veut que, „pour ſauver la vie d'un homme ſage & vertueux, „dont la perte cauſeroit beaucoup de préjudice au „Public, on puiſſe légitimement prendre quelque „choſe des biens d'une perſonne ſans mérite, & qui „n'eſt de nulle utilité à l'Etat". Nôtre Auteur ne faiſant aucune attention à la ſuite du diſcours, s'eſt imaginé

réfléxion de ces *Américains* qui étant venus de la *Nouvelle France* du tems de *Charles IX.* comme on leur demandoit *ce* (e) *qu'ils avoient trouvé de plus admirable en France*, répondirent, entr'autres choſes, *qu'ils avoient apperceu qu'il y avoit parmy les* François, *des hommes pleins & gorgez de toutes ſortes de commoditez, & que leurs moitiez (car ils appellent en leur langage les hommes, moitié les uns des autres) eſtoient mendians à leurs portes, deſcharnez de faim & de pauvreté, & trouvoient eſtrange comme ces moitiez ici neceſſiteuſes pouvoient ſouffrir une telle injuſtice, qu'ils ne prinſſent les autres à la gorge, ou miſſent le feu à leurs maiſons.* Ce raiſonnement ne vaut rien du tout; car ſi ceux qui ont quelque avantage pardeſſus les autres à l'égard des qualitez du Corps ou de l'Eſprit, ou des Biens de la Fortune, ne doivent point inſulter ceux qui leur ſont inférieurs à cet égard, ceux-ci ne doivent pas nonplus envier aux premiers ces avantages, moins encore doivent-ils penſer à les dépouiller de leurs biens. Le dernier n'eſt pas moins conforme que l'autre à l'Egalité dont nous traitons, qui peut être appellée une *Egalité de droit*, & dont voici le fondement: c'eſt que les Devoirs de la Sociabilité étant une ſuite néceſſaire de la conſtitution de la Nature Humaine, conſidérée comme telle, ils impoſent à tous les Hommes une Obligation également forte & indiſpenſable.

(e) *Montagne*, *Eſſais*, Liv. I. Chap. XXX. vers la fin.

Mais il faut remarquer, que la choſe change en certains cas, & par rapport à certaines perſonnes, ſans préjudice de l'Egalité dont il s'agit ici. A la verité il y a ordinairement cette différence entre les Obligations impoſées par un Superieur, & celles qui viennent d'un accord mutuel, que les dernieres ceſſent auſſi-tôt qu'un des Contractans a commencé de violer ſes engagemens; au lieu que les premieres ſubſiſtent toûjours, même par rapport à ceux qui ne font plus de leur côté ce qu'ils devroient envers nous; le Supérieur qui nous impoſe ces ſortes d'Obligations pouvant nous dédommager par quelque autre endroit de l'inégalité qui réſulte de là à nôtre deſavantage. Cependant, quoique l'Obligation de pratiquer envers autrui les Devoirs du Droit Naturel, ſoit impoſée aux Hommes par leur Créateur & leur Maître Souverain, elle a ceci de commun avec les engagemens où l'on entre ſoi-même par quelque Convention, que tout homme qui manque à s'acquitter envers les autres de ces ſortes de Devoirs, (6) ne ſauroit plus prétendre qu'ils les pratiquent envers lui, & que ceux-ci acquierent, outre cela, le droit d'avoir recours à la force pour le contraindre à leur faire ſatisfaction; quoique par une ſuite néceſſaire de la conſtitu-

imaginé que *Ciceron* établiſſoit ici pour maxime générale, que l'on peut toûjours enlever les biens de la fortune à ceux qui ne ſont pas auſſi dignes que nous d'en jouïr; comme ſi un plus grand degré de mérite étoit un titre ſuffiſant pour donner droit de dépouiller un Proprietaire de ce qu'il poſſede légitimement. Mais *Ciceron* ne parle que d'un cas extraordinaire, & de cette extrême néceſſité à laquelle nôtre Auteur accorde tant de priviléges dans le dernier Chapitre du Livre précédent. *Ciceron* même, plus rigide que lui, ne fonde point ſa déciſion ſur le droit que chacun a de ſe conſerver ſoi-même, mais uniquement ſur le bien de la Societé, qui eſt intereſſée à la conſervation d'une telle perſonne. Car il va juſques à dire, que, hors ce cas-là, *le plus honnête homme du monde ſe voyant ſur le point de mourir de faim, ne peut point prendre de lui-même un morceau de pain à un homme qui n'eſt d'aucune utilité aux autres.* En un mot, *Ciceron* avoit ſi bien pris ſes précautions pour aller au-devant de toute interprétation relâchée, qu'il y a lieu de s'étonner, comment nôtre Auteur a pû ſi étrangement alterer la penſée de cet illuſtre Orateur & Philoſophe.

(6) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. V. §. 1. Il faut bien ſe garder d'étendre ceci à toute ſorte de Devoirs réciproques. Un homme, par exemple, a débauché, la femme d'autrui: le mari outragé pourra-t-il innocemment corrompre à ſon tour la femme de celui qui lui a fait cet affront? Nôtre Auteur n'auroit eu garde de l'affirmer. Il n'entend point parler ſans doute de choſes mauvaiſes en elles-mêmes, & qui ne ſervent de rien pour nôtre propre conſervation, ou pour le maintien de nos droits. Tout ce qu'on peut dire, c'eſt qu'en ce cas-là même celui contre qui on uſe de repréſailles n'a pas ſujet de ſe plaindre: il mérite de ſouffrir ce dont il a donné l'exemple.

* Raiſons populaires pour perſuader l'égalité naturelle des Hommes.

(a) Voyez ce que dit *Boëce*, pour rabbattre l'inſolence des Nobles, *De Conſolat. Philoſoph.* Lib. III. Metr. VI.

(b) Voyez *Sapience*, Chap. VII, 5.

(c) Voyez *Eccleſiaſtiq.* X, 12, & ſuiv. *Horace*, Lib. I. Od. IV. verſ. 13. & ſeqq. *Claudien in Rufin.* Lib. II. verſ. 473. & ſeqq. *Cicer. de Legib.* Lib. II. C. XXIII. in fin. *Lucien*, Dialog. *Nerei, Therſit. & Menipp.* Tome I. p. 313. Edit. Amſtel. *Stat.* Theb. X. 712. *Antholog.* Lib. I. Cap. 37. Epigr. IV.

(d) Voyez *Horace*, Lib. II. Od. XIII. verſ. 13. *& ſeqq.* & Lib. III. Od. XXIX. v. 49. & ſeqq. *Manil.* Aſtronomic. Lib. III. verſ. 521. & ſeqq. *Senec. Thyeſt.* verſ. 597. & ſeqq. *Senec. Conſol. ad Marc.* C. XI. *Arrian. Diſſ. Epictet.* Lib. I. Cap. XIX. pag. 76, 77. *Edit. Colon.*

† Conſequences qui reſultent de cette égalité. 1. Elle doit rendre les Hommes *commodes & complaiſans* les uns envers les autres, & empêcher *qu'aucun ne s'attribue plus de privilege qu'il n'en accorde aux autres,* à moins qu'il n'ait acquis quelque droit particulier.

tion des Societez Civiles, il ait fallu tempérer & réduire à certaines bornes ce droit qui convient invariablement à l'Etat de Nature.

§. III. * Il y a encore quelques raiſons populaires, très-propres à faire comprendre & à illuſtrer l'égalité naturelle des Hommes. Par exemple, que tout le Genre Humain (a) tire ſon origine d'une ſeule & même tige : Que nos Corps ſont tous compoſez d'une même matiere, tous également fragiles, & ſujets à être détruits par une infinité d'accidens : Que les Riches & les Pauvres, les Grands & les Petits ſont tous conçus dans le ſein de leur Mere & mis au monde de la même maniere (b) ; croiſſent, ſe nourriſſent, & ſe déchargent de leurs excrémens de la même maniere ; meurent (c) enfin, & laiſſent leurs corps rentrer dans la pourriture ou dans la poudre, de la même maniere : Que, comme les Sages de l'Antiquité ne ceſſent de l'inculquer, nous ſommes tous, pendant nôtre vie, (d) ſujet à un grand nombre d'accidens, & à être le jouet de la Fortune; ou, pour tenir un langage plus raiſonnable, que Dieu n'aſſure à perſonne en ce Monde un bonheur conſtant & invariable, ni une durée perpetuelle de l'état préſent où l'on ſe trouve ; mais que, par les reſſorts ſecrets de ſa Providence, il expoſe diverſes perſonnes à pluſieurs fâcheux revers, ſe plaiſant quelquefois à *élever celui qui eſt dans la pouſſiere* (1), *& à faire tomber dans la pouſſiere celui qui eſt élevé.*

La Religion Chrétienne peut fournir encore ici quelques réfléxions ; car elle nous enſeigne, par exemple, que Dieu ne favoriſe pas d'une façon particuliere ceux qui ſont audeſſus des autres par leur Nobleſſe, par leur Puiſſance, ou par leurs Richeſſes, mais ceux qui ſe diſtinguent par une Pieté ſincere, de quelque condition qu'ils ſoient : Et, qu'au jour du dernier Jugement, lorſque le Souverain Juge de l'Univers fera la diſtribution des Récompenſes & des Peines, il n'aura aucun égard à tous ces avantages frivoles dont les Hommes font tant de cas dans cette Vie, & en vertu deſquels ils prétendent s'élever audeſſus de leurs ſemblables.

§. IV. † Ce principe de l'égalité naturelle des hommes renferme, comme autant de conſéquences, quelques maximes importantes, dont l'obſervation eſt d'un très-grand uſage pour l'entretien de la paix & de l'amitié parmi les Hommes. 1. Il s'enſuit de là manifeſtement, que *quiconque veut que les autres s'employent à faire quelque choſe en ſa faveur doit à ſon tour tâcher de leur être utile.* Car prétendre ſe diſpenſer de rendre aucun ſervice aux autres, pendant qu'on en exige de leur part, c'eſt ſuppoſer qu'il y a entr'eux & nous de l'inégalité. Un homme qui témoigne être dans ces ſentimens, ne peut auſſi que ſe rendre extrémement odieux à tous les autres, & que leur donner lieu par-là de rompre la paix. Si chacun en uſoit de même, cela détruiroit tout commerce d'offices : or, ſelon la remarque judicieuſe d'un ancien Docteur Chrétien, (1) *tout ce qui, étant pratiqué par chacun, deviendroit nuiſible &*

§. III. (1) ——— ——— *Valet ima ſummis*
*Mutare, & inſignem attenuat Deus,*
*Obſcura promens.*
Hor. *Lib.* I. *Od.* XXXIV. verſ. 12, 13.

§. IV. (1) *Nihil autem ſapienter fit, quod, ſi ab omnibus fiat, inutile eſt ac malum.* Lactant. Inſt. Div. *Lib.* III. Cap. XXIII. num. 4. *Edit. Cellar.* L'Auteur rapportoit encore ici ce que *Caractacus*, Chef d'un des anciens Peuples d'*Angleterre*, diſoit autrefois aux *Romains*, avec une noble hardieſſe : *Non, ſi vos omnibus imperitare vultis, ſequitur ut omnes ſervitutem accipiant.* „ Parceque vous voulez commander à tout le monde, „ s'enſuit-il que tout le monde doive ſubir humblement vôtre joug ? Tacit. Annal. Lib. XII. Cap. XXXVII. num. 2. *Edit. Ryck.* Ce paſſage ſemble d'abord ne pas convenir ici, puiſqu'il ne s'agit point du droit de commander à autrui, mais de celui qu'on peut avoir d'en exiger quelque office. Il fait néanmoins au ſujet indirectement, comme ſe rapportant à la maxime de *Lactance :* car ſi chacun vouloit commander aux autres, qui eſt-ce qui obéïroit ? J'ai développé, dans ma Traduction, l'application de cette maxime, qui étoit rapportée tout ſimplement.

*mauvais, n'eſt pas conforme aux Régles de la Sageſſe.* A conſidérer la choſe en elle-même, il n'implique pas moins contradiction de régler autrement les droits dans un cas tout-à-fait ſemblable, ſelon qu'il s'agit de nous ou d'autrui; que de juger d'une maniere toute oppoſée ſur deux choſes entre leſquelles il y a une entiere conformité. Et chacun ayant une connoiſſance très-exacte de ſa propre nature, & par même moyen de celle des autres, du moins à l'égard des inclinations communes à tous les Hommes; celui qui juge différemment des droits d'autrui, & des ſiens, quoiqu'ils ſoient tout-à-fait ſemblables, ſe contredit groſſierement dans un ſujet très-connu, & fait voir par là un fort grand travers d'Eſprit; car on ne ſauroit alléguer aucune raiſon tant ſoit peu apparente, pourquoi, toutes choſes d'ailleurs égales, on prétendroit refuſer à autrui les droits qu'on s'attribue à ſoi-même.

D'ailleurs les gens les plus commodes, & les plus propres à la Societé, ce ſont ſans contredit ceux qui accordent volontiers à autrui ce qu'ils ſe permettent à eux-mêmes (a). Ceux-là, au contraire, ſont entierement inſociables, qui ſe croyant audeſſus des autres, prétendent être les ſeuls à qui tout eſt permis; ſe pardonnent tout à eux-mêmes, mais ne veulent rien pardonner aux autres; exigent inſolemment de plus grands honneurs & une plus grande déférence que le reſte des Hommes; veulent enfin s'approprier la meilleure & la plus conſidérable portion des biens communs, ſur leſquels ils n'ont aucun droit particulier. En effet, comme dans la (b) ſtructure d'un Edifice, on rejette une pierre, qui, par ſa figure irréguliere & pleine d'angles, ôte aux autres plus de place qu'elle n'en occupe elle-même, & qui ne pouvant d'ailleurs à cauſe de ſa dureté, être ni coupée ni applatie, interrompt ainſi la liaiſon du Bâtiment: de même ces gens ambitieux & inſatiables, qu'un naturel dur & farouche porte à dépouiller les autres des choſes néceſſaires, pendant qu'ils s'emparent avec avidité de mille choſes ſuperflues, & qui ſont tellement abandonnez à leurs Paſſions, qu'elles les rendent intraitables & incorrigibles; ces gens-là, dis-je, deviennent odieux & inſupportables à tout le monde. C'eſt donc encore une maxime inviolable du Droit Naturel, que *quiconque n'a pas acquis un droit particulier, en vertu duquel il puiſſe exiger quelque préférence, ne doit rien prétendre plus que les autres; mais doit au contraire les laiſſer joüir également des mêmes droits qu'il s'attribue à lui-même* (2).

(a) Voyez *Horace*. Lib. I. *Satyr.* I. I. verſ. 73. *& ſeqq.*

(b) Cette comparaiſon eſt empruntée de *Hobbes*, *De Cive*, Cap. III. §. 9.

(2) Voici quelques paſſages que nôtre Auteur citoit, & dont je rapporterai trois ou quatre tout du long, me contentant de marquer l'endroit où l'on trouvera les autres. Un Tribun du Peuple Romain parle ainſi au Sénat dans Denys d'Halicarnasse: Ἀγράφῳ δὲ καὶ ἀνομοθετήτῳ φύσεως δικαίῳ τῷδε ἀξιοῦμεν, ὦ βουλή, μὴ πλεῖον ἔχειν ὑμῶν τὸν δῆμον, μήτε μεῖον. . . . Ἀρχὰς μὲν δὴ καὶ προεδρίας καὶ τιμὰς [καὶ] τοῖς ἀρετῇ καὶ τύχῃ προὔχουσιν ὑμῶν, οἰόμεθα δεῖν ἀπονέμειν· τὸ δὲ μηδὲν ἀδικεῖσθαι, καὶ τὸ δίκας ὧν ἄν τις πάθῃ προσηκούσας λαμβάνειν, ἴσα καὶ κοινὰ τοῖς ἅμα πολιτευομένοις εἶναι δικαιοῦμεν. „C'eſt, Meſſieurs, en „vertu d'une Loi non-écrite ni publiée, je veux „dire, de la Loi de Nature, que nous demandons „que le Peuple n'ait ni plus ni moins de droit que „vous. . . . Nous laiſſons à ceux d'entre vous qui „ſont diſtinguez par leur mérite ou par leur fortune, „les Charges, les Honneurs & les Dignitez. Mais „pour ce qui eſt de ne pas ſouffrir les injures, & de „tirer une juſte ſatisfaction de ceux de qui on les a „reçuës, nous croyons avec raiſon que c'eſt un droit „entierement commun à tous les Membres d'un Etat. *Antiq. Rom.* Lib. VII. pag. 448. *Edit. Sylb.* (Cap. XLI. pag. 431. *Edit. Oxon.*) Ainſi, ajoûte nôtre Auteur, il y a beaucoup d'inſolence dans les paroles ſuivantes, que les Deputez du Senat diſoient au Peuple pour l'appaiſer: *Satis ſuperque humilis eſt, qui jure æquo in civitate vivit, nec inferendo injuriam, nec patiendo.* „C'eſt être humble de reſte, que de vivre en bon „Citoyen, qui ne s'attribuë pas plus de droit qu'aux „autres, & qui ne fait ni ne ſouffre aucune injure. Tit. Liv. Lib. III. Cap. LIII. Comme ſi l'on faiſoit tort aux Grands, en prétendant que les privileges de la Nobleſſe ne s'étendent pas juſques à les diſpenſer d'une Loi auſſi juſte & auſſi équitable que celle qui ordonne, *de ne pas faire aux autres ce que l'on ne voudroit pas qu'ils nous fiſſent à nous-mêmes.* L'Empereur *Trajan*, à ce que remarque ſon Panégyriſte, „ſe regardoit comme un de ſes propres Sujets, en cela „d'autant plus grand & plus élevé au-deſſus de tous, „qu'il ne ſe diſtinguoit point d'eux dans l'idée qu'il „ſe faiſoit de lui-même: il ſe ſouvenoit toûjours,

2. Elle ſert à faire voir comment on doit s'y prendre dans *le réglement des droits entre pluſieurs perſonnes.*

§. V. 2. La conſidération de l'égalité naturelle des Hommes ſert encore à découvrir de quelle maniere on doit s'y prendre dans le *réglement des droits entre pluſieurs perſonnes*, c'eſt *de les traiter comme égales, & de n'ajuger rien à l'une plus qu'à l'autre, tant qu'aucune d'elles n'a point acquis de droit particulier qui lui donne quelque avantage.* En violant cette maxime par une honteuſe acception de perſonnes, on fait en même tems une injuſtice & un outrage à ceux que l'on rabaiſſe ſans ſujet au-deſſous des autres, puiſqu'on ne leur rend pas ce qui leur eſt dû, & qu'on les prive d'ailleurs d'un honneur que la Nature elle-même leur donnoit. Car, comme le dit un Ancien, *il y a naturellement je ne ſçai quelle honte & quel ſujet d'indignation, à ſe voir privé de la même Liberté qui eſt accordée aux autres.* (1).

De là il s'enſuit, *Qu'une choſe qui eſt en commun doit être diſtribuée par égales portions à ceux qui y ont le même droit. Que ſi elle n'eſt pas ſuſceptible de diviſion, tous ceux qui y ont un droit égal doivent en joüir en commun, ſi cela ſe peut; & même autant que chacun voudra, ſuppoſé que la nature de la choſe le permette: ſinon, il faut que chacun en joüiſſe ſelon une certaine meſure réglée, & à proportion du nombre de ceux qui doivent y avoir part;* car en ce cas-là il n'y a pas d'autre moyen de conſerver l'égalité. *Mais ſi la choſe ne peut ni ſe partager, ni être poſſédée en commun par indivis, il faut, ou* (2) *que chacun en joüiſſe* (a) *tour-à-tour; ou, s'il n'y a pas moyen d'en joüir de cette maniere, & qu'on ne trouve pas d'ailleurs dequoi faire une juſte compenſation par quelque équivalent capable de dédommager ceux qui ſeront exclus de la choſe à quoi ils avoient un droit égal, il faut que le Sort en décide, & que celui à qui elle écherra la retienne pour lui ſeul.* En effet, il n'y a point alors d'expédient plus commode que le Sort, qui éloigne tout ſoupçon de mépris & de partialité, & qui ne diminue rien de l'eſtime des perſonnes auſquelles il ne ſe trouve pas favorable (b). Or Hobbes (c) diviſe le *Sort* en *Arbitraire*, & *Naturel*. Le *Sort Arbitraire*, c'eſt celui où il intervient une convention de deux ou de pluſieurs Concurrens, qui remettent la déciſion de leur diſpute à un événement incertain, qu'ils ne peuvent ni prévoir ni diriger par adreſſe: ainſi ce Sort dépend, par rapport aux Hommes, d'un pur hazard. Le *Sort Naturel* a lieu, ſelon le même Auteur, dans (d) le *droit du premier occupant*, par lequel une choſe qui ne peut être ni diviſée, ni poſſédée en commun, appartient à celui qui s'en empare le premier à deſſein de ſe l'approprier: & dans la *Primogéniture*, en vertu de laquelle les biens paternels qui ne peuvent être ni partagez ni poſſédez en commun par pluſieurs Enfans, demeurent à l'Aîné. Mais, à parler exactement, tout Sort eſt arbitraire; car je ne vois point de raiſon, pourquoi un événement, à la production duquel perſonne ne peut rien contribuer par ſa propre induſtrie, auroit la vertu de donner à quelqu'un un droit valable par rapport à des perſonnes qui lui ſont éga-

(a) Voyez Q. *Curce*, Lib. VII. Cap. VI. num. 9.

(b) Voyez *Proverb. XVIII*, 18.

(c) *De Cive*, Cap. III. §. 18.

(d) *Prima occupatio.*

„ & qu'il étoit homme, & qu'il commandoit à des „ hommes. *Unum ille ſe ex nobis, & hoc magis excellit atque eminet, quod unum ex nobis putat: nec minus hominem ſe, quàm hominibus praeſſe meminit.* Plin. Panegyr. *Cap.* II. num. 4. *Edit. Cell.* C'eſt auſſi une belle maxime que celle de Seneque: *Sic cum Inferiore vivas, quemadmodum tecum Superiorem velles vivere.* „ Il „ faut agir avec ſes Inferieurs, comme l'on voudroit „ que nos Superieurs agiſſent avec nous. Epiſt. XLVII. Voyez Tacit. Hiſtor. Lib. I. Cap. XVI. num. 6. ſur la fin de la Harangue de *Galba*: Lactant. *Inſt. Div.* Lib. III. Cap. XII. num. 3. Edit. Cellar. Senec. *de Ira*, Lib. II. Cap. 28. D'où il paroit combien eſt inſolente la réflexion de *Ceſar*, dans la *Pharſale* de Lucain, Lib. V. verſ. 340. *& ſeqq.* & la ſatisfaction que fait le Duc de *Joinville* à *Mareſcot*, dans Gramond, *Hiſtoire de France*, Lib. VIII. *in fin.* Ajoûtez ce que dit le Chancelier Bacon, dans ſon *Augmentum Scientiar.* Lib. VII. Cap. II. pag. 493. *Edit. in* 12. *Lugd. Batav.*

§. V. (1) *Nam ut quod alii liceat, tibi non licere, aliquid fortaſſe naturalis aut pudoris, aut indignationis habeat*, &c. Tit. Liv. Lib. XXXIV. Cap. IV.

(2) Lors même qu'on joüit alternativement, il faut que le ſort décide qui ſera celui dont le tour viendra le premier. Hobbes, Cap. III. §. 17.

les, ſi ce droit n'avoit été attaché à un tel événement par la volonté & par les Conventions des Hommes. C'eſt auſſi en vertu (3) d'une Convention que ce qui n'appartient à perſonne eſt au premier occupant ; car, dans l'établiſſement de la Proprieté des biens, on eſt convenu tacitement d'abandonner au premier occupant les choſes qui n'auroient été aſſignées en propre à perſonne, & qu'il n'étoit pas de l'intérêt du Genre Humain de laiſſer toûjours en commun. Le droit de la *Primogéniture* doit de même ſon origine à une Convention, ou à un établiſſement humain. Car autrement en vertu de quoi les autres Fréres, nez de même Pere & de même Mere, devroient-ils être d'une condition moins avantageuſe, (e) pour une différence de tems, qui n'a nullement dépendu d'eux ? Que ſi l'on donne quelquefois à de telles choſes le nom de Sort, c'eſt d'un côté, parceque toute l'induſtrie humaine ne ſauroit ni les prévoir, ni les diriger ; & de l'autre, parcequ'il n'y a point de deshonneur à être obligé de céder à autrui pour quelque raiſon de cette nature. Mais nous traiterons de cela ailleurs plus au long (4).

(e) Voyez *Ariſt. Ethic. Nicom.* Lib. VIII. Cap. XII. *ſub fin.*

3. Elle eſt un préſervatif contre l'*Orgueil.*

§. VI. 3. LA vûë de l'Egalité Naturelle des Hommes, ſert encore de préſervatif contre l'*Orgueil*, (1) qui conſiſte à s'eſtimer plus que les autres, ou ſans (2) aucune raiſon, ou ſans un ſujet ſuffiſant ; & dans cette prévention, à les mépriſer comme étant audeſſous de nous. (3) Cette Paſſion eſt fort oppoſée à la véritable *Généroſité* ou grandeur d'Ame, comme l'a très-bien montré un Philoſophe (a) moderne. Une des principales parties de la Sageſſe eſt, dit-il, de ſçavoir comment & pour quelle raiſon chacun doit s'eſtimer ou ſe mépriſer lui-même. Or je ne vois en nous qu'une ſeule choſe qui puiſſe nous fournir un juſte ſujet de nous eſtimer, c'eſt le bon uſage de nôtre Libre Arbitre, & l'empire que nous exerçons ſur nôtre propre Volonté : car il n'y a que les Actions qui dépendent du Libre Arbitre, pour leſquelles nous puiſſions raiſonnablement être louez ou blâmez. Ainſi la véritable Grandeur d'Ame, qui fait que l'on s'eſtime autant qu'on peut légitimement, conſiſte en partie à être convaincu, que la ſeule choſe qui nous appartienne véritablement, c'eſt cette libre diſpoſition de nos Volontez, & qu'il n'y a que le bon ou le mauvais uſage qu'on en fait, qui mérite de la louange ou du blâme : en partie à ſentir en ſoi-même une ferme &

(a) *Deſcartes*, Traité des Paſſions, Artic. CLII. & ſuiv.

(3) Nous montrerons en ſon lieu que c'eſt-là une fauſſe ſuppoſition. Voyez ſur Livre IV. Chap. IV. §. 4. *Note* 4.

(4) Voyez Liv. IV. Chap. XI. §. 8. Liv. V. Chap. IX. §. 2. Liv. VII. Chap. VII. §. 11.

§. VI. (1) *L'orgueil* en général n'eſt autre choſe qu'*une trop haute idée de ſoi-même.* Voyez TITII *Obſervat.* CLXXIX. *& ſeqq.* & les *Inſt. Juriſpr. Divin.* de Mr. THOMASIUS, Lib. II. Cap. IV. Ainſi tout ceci ſe rapporte préciſément & directement à la matiere de l'*Eſtime* des hommes. Voyez ci-deſſus, §. 1. *Note* 1. & la *Note* 3. ci-deſſous.

(2) Joignez ici ce que nôtre Auteur dit dans l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Livre I. Chap. VII. §. 5. Il citoit ici au bas de ce paragraphe, un paſſage d'EURIPIDE, qui porte, que quand même on eſt élevé à un haut rang, on ne doit point s'enorgueillir, mais avoir au contraire d'autant plus d'affection pour ſes Amis, qu'on ſe voit en état de leur faire du bien. *Iphigen in Aulid.* verſ. 343. & ſeqq. Il rapportoit encore ce paſſage de LUCIEN, dans les *Portraits*, (pag. 14. Tome II. *Edit. Amſt.*) Οὐδεὶς γὰρ ἂν φθονήσειε τῷ ὑπερέχοντι, ἢν μετριάζοντα ἐπὶ τοῖς εὐτυχήμασιν αὐτὸν ὁρᾷ. „L'Envie reſpecte ceux qui n'abuſent point de leur „pouvoir. C'eſt ainſi qu'a traduit D'ABLANCOURT. Ce qui ſuit & ce qui precede mérite auſſi d'être lû.

(3) Toutes ces moralitez ſont vrayes & belles : mais elles ne touchent pas proprement à la queſtion. Qu'un homme s'eſtime tant qu'il voudra, ſoit ſans aucun ſujet, ou au-delà de ſon mérite réel ; tant qu'il n'exige rien des autres en vertu de la trop haute idée qu'il s'eſt faite de lui-même, juſques-là on ne peut pas dire, à parler exactement, qu'il péche contre l'égalité naturelle des hommes : c'eſt une erreur ou un vice de ſon Eſprit, qui peut bien, s'il n'y prend garde, le porter à la violation du précepte dont il s'agit, mais qui ne donne encore à perſonne aucun ſujet de ſe plaindre à cet égard, quels que ſoient les ſignes extérieurs par leſquels il manifeſte ſon orgueil. Il ſe fait alors du tort à lui-même, plûtôt qu'aux autres. Son jugement partial ne diminuë rien du mérite de ceux qui en ont plus que lui, & il s'en faut bien qu'il s'attire par-là des honneurs ou des avantages qui ne lui ſont pas dûs.

conſtante réſolution d'en bien uſer. Quiconque a cette connoiſſance & ce ſentiment de lui-même, s'imagine aiſément que tous les autres peuvent être dans la même diſpotion, n'y ayant rien en cela qui dépende d'autrui. Ainſi il ne mépriſe jamais perſonne, & il eſt plus enclin à excuſer les fautes d'autrui qu'à les cenſurer, les attribuant à un manque de lumieres, plûtôt qu'à un défaut de bonne volonté. Et comme il ne ſe croit pas beaucoup audeſſous de ceux qui le ſurpaſſent en richeſſes, en honneurs, en beauté, en eſprit, en érudition, & en autres ſemblables qualitez dont il ne fait pas grand cas, il ne ſe regarde pas non-plus comme fort audeſſus de ceux qu'il ſurpaſſe à cet égard. Deſorte que la véritable *Généroſité* eſt ordinairement accompagnée d'une *Humilité* vertueuſe, produite par la réflexion que l'on fait ſur la foibleſſe de nôtre nature, & ſur les fautes que l'on peut avoir commis par le paſſé, ou que l'on peut commettre à l'avenir, qui ne ſont pas moindres que celles que les autres peuvent commettre: Humilité qui fait encore qu'on ne s'eſtime pas plus que les autres, dans la penſée qu'ils ont auſſi-bien que nous, leur Libre Arbitre, & qu'ils peuvent auſſi-bien en faire uſage. Au contraire, ceux qui conçoivent une bonne opinion d'eux-mêmes ſur quelque autre fondement, bien-loin d'avoir l'Ame grande, ſont enflez d'un orgueil ridicule, qui eſt d'autant plus vicieux que la raiſon pourquoi l'on s'eſtime ſoi-même eſt moins légitime. Or la raiſon (b) la moins légitime de s'eſtimer ſoi-même, c'eſt de s'eſtimer ſans raiſon; ce qui arrive, lorſque ſçachant bien qu'on n'a aucun mérite qui nous rende dignes d'eſtime, & ne faiſant même aucun cas du mérite, on s'imagine que la Gloire n'eſt autre choſe qu'une uſurpation, & que ceux qui s'en attribuent le plus à eux-mêmes ſont ceux qui en ont le plus: Vice ſi déraiſonnable & ſi ridicule, qu'il n'eſt pas croyable que perſonne s'y abandonnât, s'il n'y avoit une infinité de Flateurs, qui par leurs fauſſes louanges font tomber les plus ignorans & les plus ſtupides. Voilà en gros ce que DESCARTES dit touchant l'Orgueil, qu'un ancien Poëte (4) appelle *une eſpece de fureur.*

(b) Voyez *Pindar, Olymp.* Od. IX. verſ. 58, 59.

4. Elle doit détourner de tout ce qui ſent l'*outrage* ou le *mépris d'autrui.*

§. VII. 4. On bleſſe encore plus l'Egalité Naturelle des Hommes, lorſque l'on témoigne du *mépris* pour autrui par des ſignes extérieurs, tels que ſont les actions offenſantes, les (a) paroles injurieuſes, un air ou un rire moqueur, & en général toute ſorte d'*outrage* ou d'affront (b), ſans en excepter celui que renferme quelquefois un préſent chétif, ou peu convenable aux perſonnes à qui on le fait. Ces ſortes d'inſultes ſont d'autant plus criminelles, qu'elles irritent furieuſement ceux à qui on les fait, & qu'elles les enflamment d'un ardent déſir de Vengeance; enſorte qu'on voit bien des gens qui rompent entierement avec l'Offenſeur, & qui vont juſqu'à expoſer leur vie à de grands périls, plûtôt que de laiſſer l'affront impuni. Et il ne faut pas s'étonner que les Hommes ſoient ordinairement ſi ſenſibles aux Outrages, puiſque tout Outrage donne quelque atteinte à celui de tous les biens dont l'Eſprit Humain eſt le plus jaloux, & qui le flatte le plus agréablement, je veux dire la Gloire & l'eſtime de ſoi-même (1).

(a) Voyez *Matth.* V, 22.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. II. Tit. VIII. *Qui ſatiſdare coguntur*, &c. Leg. V. §. 1.

(4) Τὸ καυχᾶσθαι παρὰ καιρὸν,
Μανίαισιν ὑποκρέκει.
PINDAR. Olymp. Od. IX. verſ. 58, 59. *Edit. Oxon.*

§. VII. (1) Je me ſouviens ici d'un beau paſſage de Mr. DE LA BRUYERE, que l'on ne ſera pas fâché de lire, d'autant plus qu'il confirme & qu'il met dans un beau jour la penſée de nôtre Auteur. „Ceux, dit-il, qui nous raviſſent les biens par la „violence, ou par l'injuſtice, & qui nous ôtent „l'honneur par la calomnie, nous marquent aſſez „leur haine pour nous; mais il ne nous prouvent „pas également qu'ils ayent perdu à nôtre égard „toute ſorte d'eſtime; auſſi ne ſommes-nous pas in„capables de quelque retour pour eux, & de leur

§. VIII. 5. De ce que nous avons dit il s'enſuit auſſi, que l'on doit rejetter l'opinion de ces anciens *Grecs*, (a) qui prétendoient qu'il y a des hommes *naturellement Eſclaves.* Car ſi l'on prend ces paroles à la lettre, elles renverſent directement l'Egalité Naturelle des Hommes. J'avoue qu'il y a des gens d'un naturel ſi heureux, qu'il les rend capables non ſeulement de ſe conduire eux-mêmes, mais encore de conduire les autres : au lieu que d'autres ont naturellement l'Eſprit ſi bouché & ſi ſtupide, qu'ils ſont incapables de ſe gouverner eux-mêmes, & qu'ils ne peuvent même rien faire, du moins paſſablement bien, s'ils ne ſont pouſſez & dirigez par quelqu'un. Comme la Nature donne ſouvent à ceux-ci un corps robuſte, ils peuvent par cet endroit-là rendre beaucoup de ſervice aux autres. Lors donc qu'ils vivent ſous la domination d'une perſonne plus éclairée & plus prudente, ils ſe trouvent ſans contredit dans un état conforme à leur génie & à leur condition naturelle. Deſorte que, quand il s'agit d'établir, d'un commun accord, une forme de Gouvernement, parmi une multitude compoſée de ces deux ordres de gens, il eſt très-conforme à la Nature que les premiers ſoient revêtus de l'autorité de commander, & que les derniers ſoient ſoumis à la néceſſité d'obéïr ; car de cette maniere on procure l'avantage des uns & des autres. Et en ce ſens-là on peut admettre les paroles ſuivantes d'ARISTOTE : *La conſervation mutuelle des* (1) *Hommes demande*, dit-il, *que les uns ſoient naturellement faits pour commander, & les autres pour obéïr. Car ceux que la pénétration de leur Eſprit rend capables de prévoir de loin les choſes, ſont naturellement deſtinez à commander : Et ceux qui, par les forces de leur Corps, peuvent exécuter les ordres des premiers, ſont naturellement deſtinez à obéïr, & à être eſclaves. Deſorte que le Maître & l'Eſclave trouvent également leur compte à cette diſpoſition des choſes* (b). Mais il ſeroit très-abſurde de s'imaginer, que la Nature elle-même donne d'abord actuellement aux plus éclairez & aux plus ſages la conduite des autres, ou du moins le droit de les obliger, malgré eux, à s'y ſoûmettre. Car, outre que l'établiſſement de toute Autorité parmi les Hommes ſuppoſe quelque acte humain, la capacité naturelle de commander ne ſuffit pas pour donner droit de l'exercer ſur ceux qui par leur nature ſont propres à obéïr. De ce qu'une choſe eſt avantageuſe à quelqu'un, il ne s'enſuit pas non-plus, qu'on puiſſe la lui faire accepter par force. Car comme tous les Hommes ont naturellement une égale Liberté, il eſt injuſte de prétendre les aſſujettir à quoi que ce ſoit ſans un conſentement de leur part, ſoit exprès, ſoit tacite ; ou ſans qu'ils ayent donné droit par leur propre fait de les dépouiller de leur Liberté, même malgré eux. Les Juriſconſultes Romains ont très-bien reconnu, que, (2)

5. Elle détruit l'opinion de ceux qui prétendent, qu'il y a des gens *naturellement Eſclaves.*

(a) Voyez *Strabon*, Lib. I. *in fine*, p. 66. *Edit. Pariſ. Caſaubon.* (pag. 116. B. *Edit. Amſt.*)

(b) Voyez encore *Apulée*, *De habitudine doctrinarum Platon.* pag. 22. *Edit. Elmenhorſt.*

» rendre un jour nôtre amitié. La mocquerie, au » contraire, eſt de toutes les injures celle qui ſe » pardonne le moins ; elle eſt le langage du mépris, » & l'une des manieres dont il ſe fait le mieux entendre ; elle attaque l'homme dans ſon dernier » retranchement, qui eſt l'opinion qu'il a de ſoi-même ; elle veut le rendre ridicule à ſes propres » yeux, & ainſi elle le convainc de la plus mauvaiſe » diſpoſition où l'on puiſſe être pour lui, & le rend » irréconciliable. *Caracteres & Mœurs de ce ſiécle*, Chap. *De l'Homme*, p. 328, 329. *Edit. d'Amſt.* 1720.

§. VIII. (1) *Ἄρχον δὲ φύσει καὶ ἀρχόμενον, διὰ τὴν σωτηρίαν· τὸ μὲν γὰρ δυνάμενον τῇ διανοίᾳ προορᾷν, ἄρχον φύσει, καὶ δεσπόζον φύσει· τὸ δὲ δυνάμενον τῷ σώματι ταῦτα ποιεῖν, ἀρχόμενον, καὶ φύσει δοῦλον. διὸ δεσπότῃ καὶ δούλῳ ταυτὸ συμφέρει.* *Politic.* Lib. I. Cap. II. pag. 297. *Edit. Pariſ.* Il y a une Lettre de DANIEL HEINSIUS, inſerée dans les *Variæ lectiones* de JANUS RUTGERSIUS, Lib. IV. Cap. III. où l'on fait voir qu'*Ariſtote* ne veut point parler de la condition naturelle de ceux qu'il qualifie *Eſclaves par nature*, mais de leur naturel ſervile ; & l'on tâche de concilier les maximes de ce Philoſophe avec ce que diſent les Juriſconſultes Romains, que l'Eſclavage eſt contraire à la Nature. Voyez ci-deſſous, Note 6. & ce que l'Auteur dira, Liv. VI. Chap. III. §. 2.

(2) *Utpote cùm jure naturali omnes liberi naſcerentur*, &c. DIGEST. Lib. I. *De Juſtitia & Jure*, Leg. IV. Notre Auteur citoit encore ici ce paſſage de QUINTILIEN, Declam. XIII. *Quid autem non liberum Na-*

(c) Liv. II. Chap. XXII. §. 11.

*ſelon le Droit Naturel tous les Hommes naiſſent libres.* Sur quoi GROTIUS (c) dit, que *cela doit s'entendre d'une exemption d'eſclavage, & non pas d'une incompatibilité abſoluë avec l'eſclavage, c'eſt-à-dire, que perſonne n'eſt naturellement eſclave; mais qu'aucun n'a droit de ne le devenir jamais.* On pourroit exprimer autrement cette penſée. La Nature faiſant naître les Hommes dans une parfaite égalité, & l'Eſclavage ſuppoſant quelque inégalité (car tout Eſclave a néceſſairement un Supérieur; au lieu que pour être libre il n'eſt nullement néceſſaire d'avoir un Inférieur, il ſuffit de ne reconnoître perſonne audeſſus de ſoi) : on conçoit tous les Hommes comme naturellement libres, avant qu'aucun acte humain les ait aſſujettis à autrui. Or l'*aptitude* naturelle, ou la poſſeſſion des qualitez néceſſaires à un certain état, ne ſuffit pas pour mettre actuellement dans cet état-là. Par cela ſeul qu'on eſt capable de gouverner un Royaume, ou de commander une Armée, on n'eſt pas d'abord Roi ou Général. Dès-là qu'on a fait paroître ſes talens, & qu'on s'eſt bien (d) acquitté d'un Emploi à tems, on n'eſt pas en droit de le retenir au-delà du terme. Car pour ce qu'on rapporte de *Pélopidas* (e), qu'il conſerva le Commandement de l'Armée des *Thébains* plus long-tems que les Loix ne le permettoient, de-peur que ſes ſucceſſeurs ne gâtaſſent toutes les affaires; c'eſt un exemple extraordinaire, qui ne tire point à conſéquence. Il faut encore expliquer ici ce paſſage d'un Ancien : (3) *Perſonne*, dit-il, *n'eſt naturellement ni libre, ni eſclave : mais la Fortune impoſe enſuite à chacun l'un ou l'autre de ces noms.* C'eſt que, tant que les Hommes étoient encore parfaitement égaux & indépendans les uns des autres, on ne pouvoit concevoir entr'eux aucune diſtinction fondée ſur un état oppoſé à l'Egalité Naturelle. Mais auſſitôt que quelques-uns furent ſoûmis à d'autres, ils commencerent à être nommez *Eſclaves;* & ceux qui demeuroient encore dans l'Egalité Naturelle, furent dès-lors appellez des *perſonnes libres*. Voici un exemple propre à éclaircir la choſe. Tant qu'il n'y a point de Troupes ſur pié dans un Etat, tous les Bourgeois ſont cenſez d'un même ordre. Mais lorſqu'on vient à enroller une partie des Bourgeois, il réſulte de là une diſtinction de *Soldats*, & de *ſimples Bourgeois*, au lieu qu'auparavant perſonne ne pouvoit être appellé *ſimple Bourgeois.* On peut expliquer en ce ſens-là les paroles ſuivantes, qu'ARISTOTE rapporte, & qu'il réfute en même tems : (4) *La différence de l'Eſclave, & du Libre, vient de la Loi*; car ſi l'Eſclavage n'avoit pas été introduit par un établiſſement humain, la condition des Hommes auroit été tout-à-fait ſemblable à cet égard, & l'on n'auroit pas pû diſtinguer l'Eſclavage d'avec la Liberté, parcequ'il n'y auroit point eu d'Eſclaves. C'eſt le ſentiment des Juriſconſultes Romains (5). *Au lieu*, diſent-ils, *qu'auparavant tous les Hommes avoient un nom commun,*

(d) Comme ce *Lollius*, dont parle *Horace*, Lib. IV. Od. IX. verſ. 34. *& ſeqq.*

(e) *Plutarch. in ejus vita*, pag. 290. *Edit. Wech.* Tome II. Voyez *Cornel. Nepos*, in *Epamin.* Cap. VII. VIII. & *Tit. Liv.* Lib. XXVI. Cap. II.

*tura genuit? Taceo de Servis, quos bellorum iniquitas in prædam victoribus dedit, iiſdem legibus, eadem fortuna, eadem neceſſitate natos. Ex eodem cœlo ſpiritum trahunt; nec natura ullis, ſed fortuna dominum dedit.* »Y a-t-il »quelqu'un au Monde que la Nature n'ait pas fait »naître libre? Je ne parle pas de ceux qui recevant »le jour d'une perſonne que le malheur de la Guerre »a mis ſous l'eſclavage du Vainqueur, ſe trouvent, »en venant au monde, ſoûmis aux mêmes Loix, à »la même condition, à la même néceſſité. Mais, à »parler generalement, tous les Hommes tenant la »vie d'un même principe, & reſpirant le même air, »aucun d'eux ne reconnoit naturellement de Supé»rieur; c'eſt uniquement la Fortune qui leur donne »un Maitre. *Cap.* VIII. *page* 280. *Edit. Burman.*

(3) *Albucius & Philoſophatus eſt : dixit neminem natum liberum eſſe, neminem ſervum : hæc poſtea nomina ſingulis impoſuiſſe fortunam.* M. SENEC. *Controv.* Lib. II. *Controv.* XXI. pag. 273, 274. *Edit. Elzev.* 1672.

(4) Νόμῳ γὰρ τὸν μὲν δοῦλον εἶναι, τὸν δὲ ἐλεύθερον. *Politic.* Lib. I. Cap. III. *in fin.*

(5) *Cùm uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria [hominum] genera eſſe cœperunt : Liberi, & his contrarium Servi, & tertium genus Libertini, qui deſierant eſſe ſervi.* INSTITUT. *Lib.* I. *Tit.* V. inſt. *De Libertinis.*

(6) Cette

*commun , le Droit des Gens les a diſtinguez en trois claſſes , en Perſonnes Libres , en Eſclaves , & en Affranchis.* On pourroit dire encore , que les droits de la Liberté & de & l'Eſclavage , tels qu'on les voit établis préſentement dans les Etats , ont été réglez par les Loix Civiles , & que c'étoit-là la penſée de ceux dont ARISTOTE parle.

Mais il ne manque pas d'autres raiſons très-fortes pour détruire l'opinion de ceux qui veulent qu'on reconnoiſſe , à proprement parler, des *Eſclaves par nature ;* car il n'y a peut-être perſonne , ſi ſtupide qu'il ſoit, qui ne croye vivre d'une maniere plus réguliere ou plus commode , en ſe conduiſant à ſa fantaiſie, qu'en ſuivant la volonté d'autrui. Cela ſe vérifie encore mieux à l'égard des Nations entieres , dont aucune n'a le cœur ſi bas que de ne pas préférer le Gouvernement d'un Souverain du Pays à une Domination étrangere. Enfin , la Nature ne mettant perſonne en poſſeſſion actuelle de l'Empire , & ceux qu'*Ariſtote* appelle *Eſclaves par nature* ayant d'ordinaire un Corps robuſte , lorſqu'ils en viendroient aux mains avec les plus ſages, le combat ſeroit fort douteux , & ceux-ci ne pourroient pas ſe promettre une victoire aſſurée. Il faut donc condamner entierement les prétentions orgueilleuſes des anciens *Grecs*, qui s'imaginoient , que les *Barbares* étant Eſclaves par nature (f) , & les *Grecs* libres , il étoit juſte que les premiers obéïſſent aux derniers (6). Sur ce pié-là , il ſeroit facile de traiter de Barbares tous les Peuples dont les mœurs ſeroient différentes des nôtres , & ſans autre prétexte , de les aller attaquer pour les mettre ſous nos loix. Peut-être néanmoins qu'il y auroit moyen de donner un tour plus favorable au ſentiment d'ARISTOTE, en diſant , qu'il a voulu diſtinguer deux ſortes d'*Eſclavage* , l'un *Naturel* , l'autre *qui vient de la Loi.* L'*Eſclavage Naturel* ce ſeroit , lorſqu'une perſonne d'un naturel groſſier & ſtupide, mais d'un corps robuſte , obéït à une autre perſonne capable de commander; deſorte que par ce moyen chacune d'elles vit dans un état commode & conforme à ſa condition naturelle. L'*Eſclavage qui vient de la Loi* , ce ſeroit, lorſque par l'injuſtice de la Fortune , ou à cauſe de la condition d'une Mere , un homme d'un eſprit grand & noble eſt contraint par la crainte , ou par les Loix , d'obéïr à un Maître moins ſage & moins éclairé. En ce cas-là , un tel Eſclave ne peut que nourrir une haine ſecrete contre ſon Maître : au lieu que , quand l'une & l'autre de ces conditions reſpectives ſe trouve établie entre des gens qui ſont naturellement propres à celle qui leur eſt tombée en partage , il ſe forme une eſpece d'amitié entre l'Eſcla-

(f) Voyez *Ariſtote, Politic.* Lib. I. Cap. II. *Euripide, Iphig. in Aulid.* v. 1400, 1401.

(6) Cette imagination venoit en partie , comme le remarquoit ici notre Auteur , de ce qu'ils aimoient paſſionnement la liberté de leurs Gouvernemens Démocratiques ; au lieu que les *Perſes* étoient tout-à-fait dévouez à la Monarchie : en partie de la haine exceſſive & entierement inhumaine que les *Grecs* avoient pour les *Perſes.* C'eſtpourquoi ISOCRATE , (*in Panathen.* pag. 267. B. *Edit. H. Steph.*) dit que *les Perſes ſont ennemis des Grecs par nature* , φύσει πολεμίυς ὄντας. Il nous apprend auſſi, que dans les Aſſemblées publiques , avant que de faire aucun Décret , on prononçoit des imprécations & des anathêmes contre tout Citoyen qui penſeroit à rechercher la paix ou l'amitié avec les *Perſes* , & que dans la célébration des Myſteres , les *Eumolpides* & les Hérauts publics excluoient de cette cérémonie , en haine des *Perſes* , tout le reſte des Barbares, comme on faiſoit à l'égard des meurtiers. *Panegyr.* page 73. E. Au reſte, l'Illuſtre ALGERNON SIDNEY, dans ſon excellent *Diſcours ſur le Gouvernement* , Tome I. pag. 11. de la *Traduct. Franç.* dit que la Liberté naturelle des hommes eſt un Principe reçu par les *Grecs* , les *Romains*, les *Eſpagnols*, les *Gaulois*, les *Allemands* , les *Bretons* , & en un mot par toutes les Nations qui ont fait profeſſion de generoſité , long-tems avant la naiſſance de Notre Seigneur Jesus-Chriſt ; juſques-là même que les *Aſiatiques* & les *Africains* , peuples lâches & efféminez , pour n'avoir pas été ſoigneux de conſerver leur Liberté , ou pour n'avoir pas été capables de ſe gouverner eux-mêmes , en ont mérité le nom d'*Eſclaves par nature ;* nom qui leur a été donné par *Ariſtote* , & par les autres Philoſophes de ces tems-là , qui mettoient fort peu de difference entr'eux & des bêtes. Voyez ci-deſſus Note 1. de ce paragraphe. Il eſt pourtant difficile de diſculper entierement ARISTOTE , ſur les fauſſes idées qu'il ſemble avoir euës de la maniere dont les Nations doivent ſe regarder & ſe traiter les unes les autres. Voyez les paſſages de PLUTARQUE , de STRABON , & d'ARISTOTE même , que je cite dans ma *Préface* , §. 23. entre les lettres (kkk) & (lll).

ve & le Maître. Mais il faut toûjours tenir pour une choſe conſtante, que cette ſimple *aptitude* naturelle à commander ou à obéïr, ni ne donne aux uns aucun droit parfait de preſcrite des Loix aux autres, ni n'impoſe à ceux-ci aucune obligation de ſe ſoûmettre à l'empire des premiers.

D'où vient l'*inégalité* qu'il y a entre les Hommes.

§. IX. Ajoutons encore ici quelque choſe de cette ſorte particuliere d'Egalité qui eſt une ſuite de l'Etat de Nature, & que l'on peut appeller une *Egalité de pouvoir*, ou de *liberté*. Elle conſiſte en ce que, tant qu'il n'eſt point encore intervenu d'acte humain ou de convention particuliere entre les Hommes, perſonne n'a aucun pouvoir ſur les autres, mais chacun peut diſpoſer, comme il lui plaît, de ſes Facultez & de ſes Actions. Cette Egalité a été abolie par l'établiſſement des Societez Civiles, dans leſquelles une ſeule ou pluſieurs perſonnes ont reçu le pouvoir de commander aux autres, & celles-ci ſe ſont vûës réduites à la néceſſité d'obéïr, d'où il réſulte une grande inégalité, qui a produit la diſtinction de *Souverains* & de *Sujets*.

De-plus, dans les Societez Civiles on trouve encore de l'inégalité, même entre les Concitoyens, non ſeulement à l'égard de l'*eſtime* & de la *dignité*, dequoi nous traiterons (a) ailleurs; mais encore à l'égard du *pouvoir* que les uns ont ſur les autres. Une partie de cette inégalité vient de l'état des *Peres de famille*, qui eſt antérieur aux Societez Civiles; car chaque Pere de famille a conſervé, en entrant dans une Societé Civile, le pouvoir qu'il avoit acquis ſur ſa Femme, ſur ſes Enfans & ſur ſes Eſclaves. Ainſi cette inégalité ne doit nullement ſon origine aux Societez Civiles; quoiqu'en certains endroits les Souverains y ayent mis des bornes & fait des changemens conſidérables.

(a) Liv. VII. Chap. IV.

Pour les autres inégalitez que l'on remarque dans le pouvoir des Citoyens les uns ſur les autres, il eſt clair qu'elles proviennent toutes de la volonté du Souverain; car ceux qui entrent dans une Societé Civile, transferent au Souverain tout le pouvoir qu'ils avoient ſur eux-mêmes, autant que le demande la conſtitution de ces ſortes de Societez. Par conſéquent, le pouvoir qu'ils avoient donné auparavant ſur eux-mêmes à quelque autre perſonne, ou retourne à eux, ou eſt ſoûmis à la diſpoſition du Souverain. Et du moment qu'on eſt devenu Membre d'un Etat, on ne peut en aucune maniere accorder à autrui ſur ſoi-même le moindre pouvoir valable au préjudice des droits du Souverain: autrement on reconnoîtroit à la fois deux Maîtres indépendans l'un de l'autre; ce qui eſt abſurde.

Toute l'inégalité qui s'eſt formée entre les Citoyens après l'établiſſement du Pouvoir Souverain, vient donc ou de l'adminiſtration du Gouvernement, qui a demandé que le Souverain donnât charge à certains Citoyens d'exercer ſur les autres une partie de l'Autorité Suprême; ou de quelque privilége accordé par le Souverain. La diverſité des Biens & des Richeſſes ne produit par elle-même aucune inégalité réelle entre les Citoyens. Tout ce qu'il y a, c'eſt que les grandes Richeſſes fourniſſant le moyen de nuire ou de rendre ſervice à autrui, ceux qui ne ſont pas fort accommodez tâchent ordinairement de s'inſinuer dans les bonnes graces des Riches, & s'abbaiſſent auprès d'eux, ou pour éviter le mal qu'ils pourroient en recevoir, ou pour en retirer quelque bien (b).

(b) Voyez *Lucius Antiſtius Conſtans, De Jure Eccleſiaſticorum*, Tit. III. pag. 47. *& ſeqq.*

Quoiqu'il en ſoit, l'*Inégalité Civile* ne détruit point les maximes que nous avons tirées du principe de l'*Egalité Naturelle* des Hommes (1).

§. IX. (1) Les Peuples (auſquels ont doit auſſi appliquer les principes établis dans ce Chapitre) ſont d'autant plus obligez à ſe regarder les uns les autres comme égaux, qu'ils ſont toûjours dans l'etat de la

# CHAPITRE III.

## *Des* Offices communs de l'Humanité.

On doit travailler à procurer l'avantage les uns des autres.

§. I. IL ne ſuffit pas de ne point faire de mal à autrui, (1) & de n'ôter à perſonne l'eſtime qui lui eſt duë. Si l'on en demeuroit là, on ne feroit qu'éloigner tout juſte ſujet de haine. Pour former entre les Hommes une liaiſon plus étroite, il eſt néceſſaire que l'on ſe faſſe quelque bien les uns aux autres. Ce n'eſt pas remplir tous les Devoirs de la Sociabilité envers une perſonne, que de prendre garde ſimplement à ne pas la rebuter par des actes d'hoſtilité, ou par un procédé choquant: on doit encore tâcher de gagner ſon affection, en lui procurant quelque avantage, afin qu'elle ſoit bien aiſe de trouver ici-bas d'autres Habitans de même nature. En un mot, il faut que, par des offices mutuels, on témoigne des ſentimens dignes de la parenté & de la liaiſon que la Nature a mis entre tous les Hommes. *Comme, ſelon ce beau mot de* (a) Platon, *nous ne ſommes pas nez ſeulement pour nous-mêmes, mais encore pour nôtre Patrie, & pour nos Amis; & que, ſuivant la penſée des* Stoïciens, *ſi les productions de la Terre ſont toutes pour l'uſage des Hommes, les Hommes eux-mêmes ont été faits les uns pour les autres, c'eſt-à-dire, pour s'entr'aider; nous devons tous, en ſuivant les deſſeins de la Nature, mettre chacun du nôtre dans le fond de l'Utilité commune, par un commerce réciproque d'offices & de ſervices, & employer non ſeulement nos ſoins & nôtre induſtrie, mais nos biens même, à ſerrer, pour ainſi dire, de plus en plus les nœuds de la Société Humaine* (b): c'eſt ce que dit très-bien (2) Ciceron. Que ſi la Loi Naturelle nous engage à nous intéreſſer avec tant d'ardeur au bien de nos ſemblables, elle ne peut que condamner, au contraire, comme un ſentiment bas & indigne de l'Homme, le chagrin que l'on a de la proſpérité d'autrui; & à plus forte raiſon la joye inhumaine que l'on reſſent à la vûë du mal qui arrive aux autres, ſurtout s'ils ne l'ont pas mérité.

(a) *Epiſt. IX. ad Archyt. Tarentin.*

(b) Voyez un autre paſſage de *Ciceron*, cité déja, Liv. II. Chap III. §. 15. Note 7. *Lactant. Inſt. div.* Lib. VI. C. X. XI. *Philon*, Lib. *Quòd Deus ſit immut.* p. 296. B. *Edit. Pariſ. Heliodor. Æthiop.* L. II. pag. 115. *Edit. Bourd. Liban.* Declam. XIX. p. 497. D. Edit. Morell. *Philoſtr. De Vit. Apoll. Tyan.* Lib. V. C. I. *M. Antonin.* L. III. §. 4. & IV. §. 3. & IV. §. 4. *Senec.* Ep. XCV. p. 355. Edit. Gron. *Bacon. Serm. fid.* Cap. XIII.

1. Ou d'*une maniere indéterminée.*

§. II. On peut *procurer l'avantage d'autrui*, ou *d'une maniere indéterminée*, ou *d'une maniere déterminée;* & cela, ou *ſans qu'il nous en coûte rien*, ou en y *contribuant quelque choſe du nôtre.*

On procure l'avantage d'autrui *d'une maniere indéterminée*, en prenant ſoin de bien cultiver les Facultez de ſon Ame & celles de ſon Corps, pour ſe rendre utile à la Societé Humaine; ou en inventant, par ſon induſtrie, des choſes qui ſervent à augmenter les commoditez de la vie. Pour y réuſſir, il faut avoir inceſſamment devant

Liberté Naturelle, & par conſéquent dans une parfaite égalité de droit les uns par rapport aux autres; au lieu qu'il y a entre les Particuliers diverſes inégalitez civiles qui mettent des bornes à la Liberté & à l'Egalité Naturelle. On remarque pourtant quelque inégalité entre les Peuples, à l'égard de l'*Eſtime*, ſoit *ſimple*, ſoit *de diſtinction*. L'*Eſtime ſimple* diminue, ou ſe perd entierement, lorſqu'un Peuple viole de propos deliberé toutes les maximes du Droit Naturel, & que par-là il ſe rend digne d'être traité en ennemi du Genre Humain: car un Peuple qui agit de cette maniere eſt regardé comme un corps de Brigands, ou de Pirates. Voyez Liv. VIII. Chap. IV. §. 5. à l'égard de l'*Eſtime de diſtinction*, voyez ce que l'on dira au même endroit, §. 15. & ſuivans.

§. I. (1) *Quantulum eſt ei non nocere, cui debeas prodeſſe?* Senec. *Epiſt.* XCV. L'Auteur citoit plus bas ce paſſage.

(2) *Sed quoniam (ut præclarè ſcriptum eſt à* Platone) *non nobis ſolùm nati ſumus, ortuſque noſtri partem Patria vindicat, partem amici: atque, (ut placet* Stoïcis) *quæ in terris gignuntur, ad uſum hominum omnia creari, homines autem hominum causâ eſſe generatos, ut ipſi inter ſe, aliis alii prodeſſe poſſent: in hoc naturam debemus ducem ſequi, communes utilitates in medium afferrè, mutatione officiorum, dando, accipiendo: tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines ſocietatem.* Cicer. *De Offic.* Lib. I. Cap. VII.

les yeux cette maxime judicieuſe d'un Ancien (1) : *La choſe*, dit-il, *la plus importante dans tout le cours de la vie, c'eſt de ne pas croire ſçavoir ce que l'on ignore, & de chercher toûjours à s'inſtruire.*

Ceux-là donc péchent viſiblement contre la Loi Naturelle, qui n'embraſſent aucune profeſſion honnête, ſont à charge à eux-mêmes auſſi-bien qu'aux autres (2), & ne ſervent qu'à faire nombre. Je mets au même rang, ceux qui ſe contentant des biens qui leur ſont échûs par ſucceſſion, croyent qu'il leur eſt permis de s'abandonner à une lâche oiſiveté, & de conſumer à leur aiſe ces fruits du travail & de l'induſtrie d'autrui, qui leur fourniſſent ſuffiſamment dequoi vivre. Car il faut tâcher de laiſſer quelque choſe à ceux qui viennent après nous (a), & l'on ne doit pas travailler ſeulement pour ſe procurer à ſoi-même les choſes néceſſaires à la Vie, mais encore, comme le dit (b) St. Paul, *afin d'avoir dequoi donner à ceux qui en ont beſoin.* On peut encore rapporter ici ceux qui, ſemblables aux Pourceaux, ne font plaiſir à perſonne que par leur mort (3) : comme auſſi ces poids inutiles de la Terre, qui, ſous prétexte de Religion, ne travaillent qu'à s'engraiſſer, & conſument dans une honteuſe fainéantiſe les biens que d'autres ont acquis à la ſueur de leur viſage. Un ancien Hiſtorien Grec, tout Payen qu'il étoit, a porté des derniers un jugement très-véritable : (c) *Les Moines*, dit-il, *ſont des hommes qui renoncent au Mariage, qui rempliſſent les Villes & la Campagne de Communautez nombreuſes, qui ne portent point les armes, & qui ne rendent aucun autre ſervice à l'Etat. S'étant toûjours multipliez depuis leur premier établiſſement, ils ont acquis de grandes terres ſous prétexte de nourrir des Pauvres, & ont en effet réduit preſque tout le monde à la pauvreté* (4). Au contraire on a donné, de tout tems, de grandes louanges à ceux qui, par leur pénétration ou par leur adreſſe, inventoient des choſes utiles à la Vie, & qui ne gardant pas ces découvertes pour eux ſeuls, les communiquoient volontiers aux autres (d). Les Anciens ont même déïfié pluſieurs perſonnes, pour avoir contribué à rendre la Vie plus commode par quelque invention utile, ou quelque établiſſement ſalutaire (e). Et certainement, comme le diſoit très-bien Ciceron, *la Nature, elle-même nous* (5)

(a) Voyez *Virgil.* Æn. VI. verſ. 610, 611. *Manil.* Lib. IV. verſ. 535. & *ſeqq. Diog. Laërt.* in Democrit. L. IX. Segm. 39.

(b) *Epheſ.* Chap. IV. v. 28. Voyez *Horace*, Lib. II. Sat. II. verſ. 103.

(c) *Zoſim. Hiſtor.* Lib. V. *ad annum* 403. Cap. XXIII. pag. 567, 568. *Edit. Cell.* J'ai ſuivi la Verſion de Mr. *Couſin.*

(d) Voyez *Horace*, Lib. I. Ode IX. verſ. 29. *Virgil.* Æn. VI, 663, 664. *ibique Servium*, *Lucret.* Lib. V. init.

(e) Voyez ce que dit *Diodore de Sicile*, touchant les raiſons pourquoi les Egyptiens avoient déïfié *Iſis* & *Oſiris*, Lib. I. C. XIII, XIV, XV. Voyez auſſi Lib. I. Cap. XLIII. *Ciaer. de Nat. Deor.* Lib. I. Cap. XV. *Plin. Hiſt. Nat.* L. XXV. C. I.

§. II. (1) *In univerſa vita pretioſiſſimum eſt, intelligere quemque neſcire ſe quod neſciat, ſemperque cupere quod ignoret addiſcere.* Columell. *De Re Ruſtic.* Lib. XI. Cap. I.

(2) Pour bannir de l'Etat ces ſortes de gens, les *Egyptiens*, comme le remarquoit ici notre Auteur, obligeoient chaque Particulier à ſe faire enregiſtrer devant le Magiſtrat, en déclarant ſes revenus & ſa profeſſion. Quiconque ne diſoit pas la verité, ou exerçoit un metier illicite, étoit puni de mort. Diodor. Sic. Lib. I. Cap. LXXVII. pag. 49. *Edit. H. Steph.* Il y avoit une Loi toute ſemblable chez les *Sardiens.* Voyez Ælian. *Var. Hiſtor.* Lib. IV. Cap. I. pag. 300, 301. & là-deſſus Perizon. J'ajoûte que le Sénat de l'*Areopage* avoit été commis par *Solon* pour informer de la maniere dont chacun gagnoit ſa vie, & pour châtier ceux qui ne faiſoient rien. Il y a même une Loi, de ce Légiſlateur, ſelon laquelle un Fils n'étoit pas tenu de nourrir ſon Pere, s'il ne lui avoit fait apprendre aucun metier. Voyez la Vie de *Solon*, par Plutarque Tome I. pag. 90. *Edit. Wech.*

(3) Πλουτεῖν φασί σε πάντες, ἐγὼ δέ σε φημὶ πένεσθαι.
Χρῆσις γὰρ πλούτου μάρτυς, Ἀπολλόφανες
Ἂν μετέχῃς αὐτῶν σὺ, σὰ γίγνεται· ἂν δὲ φυλάττῃς
Κληρονόμοις, ἀπὸ νῦν γίγνεται ἀλλότρια.

„Tout le monde vous tient pour riche, mais à mon „avis, vous êtes bien pauvre. On ne peut-être appellé „riche à juſte titre, que quand on fait uſage de ſes „Richeſſes. Car ſi l'on ſe ſert de ſon bien, il eſt véri„tablement nôtre : mais ſi on le garde pour ſes Héri„tiers, dès-lors il ne nous appartient plus, il eſt à „ceux pour qui on le reſerve “. Ces vers d'un Poëte Anonime ſont tirez de l'*Antologie*, & l'Auteur les citoit ici. Ils ſe trouvent au Liv. II. *Chap.* 50.

(4) On peut, ajoûtoit nôtre Auteur, mettre au même rang cette ſorte de Mendians de la *Chine*, qui ſe heurtent la tête les uns contre les autres juſques à ce qu'on leur ait donné quelque choſe, ou qui diſent qu'ils vont ſe tuer, ſi on ne leur fait l'Aumône. Neuhof, *in Legation.* page 267, 268. Voyez ce que dit Valere Maxime, au ſujet des *Marſeillois*, Lib. II. Cap. VI. §. 7. & la Lettre d'Erasme à *Servarius*, inſerée dans ſa vie, qui eſt à la tête des Lettres de ce grand homme, *Edit. de Londres*, 1642. Toutes citations de l'Auteur.

(5) *Impellimur autem natura, ut prodeſſe velimus quàm*

*porte à ſouhaiter de rendre ſervice à autant de gens que nous pouvons, ſurtout en leur apprenant quelque choſe de nouveau, & en les inſtruiſant de la maniere dont ils doivent ſe conduire. Les plus belles & les plus utiles connoiſſances*, diſoit un autre Philoſophe, *ne me donneroient aucun plaiſir, s'il falloit que je les gardaſſe toutes pour moi. Si l'on vouloit me communiquer quelque choſe, fût-ce la Sageſſe même, à condition de la tenir cachée, & de n'en faire part à perſonne, je la refuſerois ſans balancer. Il n'eſt aucun bien dont la poſſeſſion ſoit agréable, lorſqu'on en jouit tout ſeul* (6).

Voilà à-peu-près comment on procure l'avantage d'autrui d'une maniere generale & indéterminée, c'eſt-à-dire, ſans avoir deſſein de rendre ſervice à telle ou telle perſonne en particulier, mais en laiſſant, pour ainſi dire, en commun & au premier occupant, ce que l'on ſçait qui peut être utile à autrui (7). Il ſe préſente pourtant ici une Queſtion à examiner; ſçavoir, ſi un homme qui auroit trouvé le moyen de faire, par exemple, de l'Or ou de l'Argent, d'une matiere vile & commune, ſeroit tenu de découvrir ſon ſecret? Pour moi, je crois que non; & ma raiſon eſt, qu'une telle découverte devenant une fois publique, ruineroit le Commerce, aboliroit les Patrimoines, détruiroit les Richeſſes, & bouleverſeroit preſque tout l'ordre de la Vie Civile (8).

§. III. On rend ſervice à autrui *d'une maniere déterminée*, lorſque l'on permet ou que l'on accorde à certaines perſonnes quelque choſe d'où il leur revient de l'utilité. Cela ſe peut ſouvent ſans qu'il nous en coûte rien, & ſans que nous en recevions aucune incommodité, ou que nous prenions la moindre peine. Refuſer ou envier de pareils offices, c'eſt au jugement de tout le monde, une déteſtable meſquinerie, & une ſouveraine inhumanité. A quoi ſert-il d'être naturellement capable de procurer à autrui quelque utilité qui n'ait rien d'onéreux pour nous, ſi l'on n'exerce cette Faculté dans l'occaſion? Certainement elle ne fait que tourner à la confuſion de celui qui la poſſede; & l'on a eu raiſon de comparer ces ſortes de gens à un Chien, qui couché ſur un tas de Foin, dont il ne ſe ſoucie pas, chaſſe à coups de dents les Bœufs qui voudroient en manger. Pour être engagé à rendre un ſervice de cette nature, il ne faut point d'autre motif que la qualité d'Homme dans la perſonne à qui on le rend. C'eſt auſſi la ſeule raiſon, qu'on en allégue ordinairement: témoin ce mot d'Aristote (a), qui étant blâmé d'avoir donné l'aumône à un Fripon, répondit: *Ce n'eſt pas des mœurs que j'ai eu compaſſion, mais de l'homme;* ou comme d'autres

2. Ou d'*une maniere déterminée*, par les *offices d'une utilité innocente.*

(a) *Diogen. Laërt.* Lib. V. Segm. 17. & 21. Voyez auſſi *Stobée*, Serm. XXXVII.

*plurimis, imprimiſque docendo, rationibuſque prudentiæ tradendis.* De finib. bon. & malor. *Lib.* III. *Cap.* VIII.

(6) *In hoc gaudeo aliquid diſcere, ut doceam: nec me ulla res delectabit, licet eximia ſit & ſalutaris, quàm mihi uni ſciturus ſim. Si cum hac exceptione detur Sapientia, ut illam incluſam teneam, nec enunciem, rejiciam. Nullius boni ſine ſocio, jucunda poſſeſſio eſt.* Senec. *Epiſt.* VI. Voyez Sophocl. verſ. 321, 322. *Oedip. Tyrann.* page 164. in fin. *Edit. H. Steph.* Nôtre Auteur remarquoit encore, qu'on ne peut point approuver à tous égards l'Epitaphe d'un Préfet du Prétoire nommé *Similis*, qui vivoit du tems d'*Adrien*, & qui s'étant démis de ſa charge, paſſa à la campagne le reſte de ſa vie: Σίμιλις μὲν ἐνταῦθα κεῖται, βιοὺς μὲν ἔτη τόσα, ζήσας δὲ ἔτη ἑπ]ά. *Ci git* Similis, *qui a été au monde bien des années, mais qui n'a vécu que ſept ans.* Xiphilin; *pag.* 266. B. *Edit. H. Steph.* Voyez Saumaise ſur *Spartien*, in Hadrian. Cap. IX. *pag.* 77. *Edit. Lugd. Batav.* 1671.

(7) D'autre côté, lorſque quelqu'un travaille à ſe rendre utile au Genre-Humain, les autres doivent [favoriſer, autant qu'il leur eſt poſſible, une ſi louable occupation, ou du moins] ne pas concevoir contre lui une noire envie, & n'apporter aucun obſtacle au ſuccès de ſes entrepriſes. Que s'ils ne peuvent lui témoigner autrement leur reconnoiſſance, il faut du moins qu'ils n'oublient rien pour publier ſes louanges, & immortaliſer ſa memoire; car c'eſt la principale récompenſe des travaux de ceux qui ſe conſacrent au ſervice du Public; [& par-là auſſi on encourage les autres à imiter un ſi bel exemple.] J'ai tiré ceci de l'Abregé *des Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. VIII. §. 3. à la reſerve de ce qui eſt entre deux Crochets.

(8) Voyez une Diſſertation de Mr. Buddeus, intitulée, *An Alchemiſtæ ſint in Republica tolerandi*, §. 26, & *ſeqq.* On trouvera d'ailleurs des choſes curieuſes & divertiſſantes dans cette Diſſertation, qui eſt en forme de Diſpute, ſoûtenuë & imprimée à *Hall en Saxe*, 1702.

le rapportent, *ce n'eſt pas l'homme que j'ai ſecouru, mais l'humanité.* De même, lorſque l'on veut abandonner une choſe dont on a de reſte, ou qui ne peut être gardée commodément, il y auroit une grande inhumanité à aimer mieux la gâter ou la détruire, que de la laiſſer en état de ſervir à d'autres. J'avoue que cela ſe pratique ſouvent à la Guerre; mais c'eſt afin que les choſes, dont on ſe deſſaiſit, ne fourniſſent pas à l'Ennemi des armes contre nous-mêmes. Hors ce cas-là, il faut toûjours accorder avec plaiſir à autrui ce que l'on appelle des *ſervices d'une utilité innocente* (b). Surquoi il y a un beau paſſage de CICERON: (1) *Les choſes*, dit-il, *qui doivent être communes entre tous les Hommes, ce ſont celles dont on trouve un exemple dans cette ſentence d'*ENNIUS, *qui peut s'appliquer à un grand nombre d'autres cas ſemblables:* Remettre, dans le bon chemin (c) un homme qui s'eſt égaré, c'eſt comme ſi on lui laiſſoit allumer ſon Flambeau au nôtre (d), qui ne nous éclaire pas moins pour cela. *Par ce ſeul exemple le Poëte donne aſſez à entendre, que l'on doit faire part à tout le monde, ſans en excepter ceux que l'on ne connoît point, de ce qui peut ſe communiquer ſans qu'il nous en coûte rien. C'eſt le fondement de ces maximes communes: Qu'il ne faut empêcher perſonne de puiſer dans une Eau courante: Qu'on doit laiſſer prendre du Feu au nôtre: Qu'il faut donner des* (2) *Conſeils ſinceres à quiconque nous en demande, & autres pareils ſervices, qui tournent à l'avantage de celui qui les reçoit, ſans que celui qui les rend en ſoit incommodé. Il faut donc permettre que chacun s'en accommode, & contribuer toûjours du ſien, autant qu'on peut, à l'Utilité des Hommes en general. Cependant, comme les facultez de chaque Particulier ſont bornées, & qu'il y a un nombre infini de gens qui ont beſoin de ces ſortes de choſes, la liberalité avec laquelle on les répand ſur tout le monde, a certaines bornes qu'*ENNIUS *preſcrit, lorſqu'il dit, que* pour avoir laiſſé allumer le Flambeau de quelqu'un au nôtre, celui-ci ne nous éclaire pas moins; *c'eſt-à-dire, que l'on doit reſerver dequoi faire du bien à ceux avec qui l'on a des liaiſons particulieres.* Sur ce pié-là, l'Orateur Romain veut avec raiſon, qu'on ne refuſe à perſonne les ſervices dont il s'agit. Il y a ſeulement une autre exception, c'eſt lorſque quelqu'un a merité, par des crimes d'une énormité extraordinaire, d'être regardé avec exécration de tout le monde, (3) à cauſe dequoi on le juge indigne des offices les plus communs de l'Humanité, comme celà s'eſt pra-

(b) *Res utilitatis innoxia.*

(c) Voyez *Theocrit.* Idyll. XXVI. verſ. 5, 6. *Cicer.* de Offic. *Lib. III. Cap.* 13.

(d) Voyez *Lucien* dans le *Prométhée*, pag. 182. *in fin.* Tome I. Edit. Amſtelod. *Diphilus, in Paraſit. in Excerpt. ex vett. Comic. à Grotio*, page 793.

§. III. (1) *Omnia autem communia hominum videntur ea, quæ ſunt generis ejus, quod ab* ENNIO *poſitum in una re transferri in permultas poteſt,*

Homo, qui erranti comiter monſtrat viam,
Quaſi lumen de ſuo lumine accendat, facit:
Nihilominus ipſi lucet, cùm illi accenderit.

*Una ex re ſatis præcipit, ut, quidquid ſine detrimento poſſit commodari, id tribuatur vel ignoto. Ex quo ſunt illa communia: Non prohibere aqua profluente; Pati ab igne ignem capere, ſi quis velit; Conſilium fidele deliberanti dare; quæ ſunt iis utilia, qui accipiunt; danti non moleſta. Quare & his utendum eſt, & ſemper aliquid ad communem utilitatem adferendum. Sed quoniam copiæ parvæ ſingulorum ſunt, eorum autem, qui his egeant, infinita eſt multitudo, vulgaris liberalitas referenda eſt ad illum,* Ennii *finem*, Nihilominus ipſe lucet: *ut facultas ſit, qua in noſtros ſimus liberales.* De Offic. *Lib.* I. *Cap.* XVI.

(2) PLATON dit, comme le remarquoit ici nôtre Auteur, que *le Conſeil eſt quelque choſe de ſacré.* Λέγεταί γε συμβουλὴ ἱερὸν χρῆμα εἶναι. *In Theage*, pag. 122. B. *Edit. H. Steph.* Tome I. (pag. 89. *Edit. Wechel. Ficin.*) Les *Pythagoriciens* tenoient la même maxime, & ils recommandoient de donner les meilleurs Conſeils dont on eſt capable, à ceux qui nous en demandent. Voyez JAMBLIQUE, *de Vit. Pythag.* Cap. XVIII. num. 85. *Edit. Kuſter.*

(3) Les *Athéniens* eurent une ſi grande horreur pour les calomniateurs, ſur les accuſations deſquels *Socrate* avoit été condamné à la mort, que perſonne ne daignoit ni leur laiſſer allumer du feu au ſien, ni répondre aux queſtions qu'ils lui faiſoient, ni ſe baigner dans la même Eau; juſques-là que, dans les Bains publics, quand quelqu'un de ces gens-là ſortoit de l'eau, on la faiſoit jetter par le Valet du Bain, comme de l'eau ſouillée. En un mot, on fit tant qu'ils ſe pendirent de chagrin. PLUTARQUE, Dans le traité *De l'Envie & de la Haine*, page 537, 538. *Edit. Wech.* Tom. II. POLYBE rapporte la même choſe de *Callicrate* & d'*Androdine*, *Excerpt. Peireſc.* page 142. Dans la Ville d'*Athénes*, on en uſoit de même envers ceux qui étoient condamnez pour certains crimes. Voyez DINARCH. *Orat. contra Ariſtogiton*, page 69. *Edit. Wech.* SOPHOCL. *Oedip. Tyrann.* v. 244. & ſeqq. EURIP. *Oreſt.* v. 46. & 513. *ſeqq.* Tout ceci eſt de l'Auteur. Il pouvoit y ajoûter l'exemple de ceux qui étoient condamnez chez les

tiqué autrefois chez les *Grecs*. Du reſte la pratique de ce devoir eſt ſi generale & ſi indiſpenſable, que Seneque ſemble ne lui laiſſer aucun ſujet de louange: (4) *Qui a jamais*, dit-il, *appellé un bienfait, de donner un morceau de pain, ou une petite piéce de monnoye, ou de laiſſer allumer du feu au nôtre?* Il ne nie point par-là qu'on doive rendre volontiers à autrui de tels ſervices; il veut dire ſeulement, qu'il faudroit être ſans honneur, & avoir l'ame bien baſſe, pour prétendre que celui à qui on les rend nous en tînt compte. En effet, quelque utilité que l'on procure quelquefois par-là à autrui, *le peu de prix de la choſe conſideré en elle-même fait qu'on ne peut point raiſonnablement s'en faire un mérite auprès de celui qni la reçoit, lors même que les conjonctures la lui rendent neceſſaire. Il n'eſt nullement* (5) *d'un Honnête Homme de vouloir qu'on lui ait de l'obligation lorſqu'il n'a rien fait qui le merite*, comme le dit très-bien Térence. On ne doit pas attendre non-plus une grande reconnoiſſance d'un préſent ſemblable à ceux dont un autre Poëte Latin ſe moque agréablement: (6) *Les* Calabrois, dit-il, *quand ils préſentent des Fruits à ceux qui les viennent voir, leur diſent, Mangez, ne les épargnez pas. J'en ai bien mangé. Prenez, mettez dans vos poches. Rien n'eſt plus honnête. Mettez, vous dis-je, vous les donnerez à vos petits Enfans; cela les fera bien aiſes. Je vous ſuis auſſi obligé, que ſi je m'en retournois chargé de tous ces Fruits. Vous n'en voulez point? Ce ſera donc pour nos Cochons. Il faut avoir bien peu de ſens, de marquer qu'on n'a que faire de ce que l'on donne avec profuſion! auſſi cette ſotte prodigalité a fait beaucoup d'ingrats, & en fera bien encore dans la ſuite.*

§. IV. Pour mieux comprendre la nature des offices les plus communs de l'Humanité, il eſt à propos d'en alléguer encore quelques exemples. Plutarque examinant la queſtion, pourquoi les anciens *Romains* laiſſoient toûjours quelque reſte ſur la Table après leur repas, & pourquoi ils n'éteignoient point leurs Lampes, dit, que cela ſe pratiquoit, entr'autres raiſons, *pour accoûtumer les gens aux devoirs de l'Humanité.* (1) *Car*, ajoûte-t-il, *il n'eſt pas permis de diſſiper les Viandes qui reſtent après qu'on eſt raſſaſié, ni de boucher ou de cacher une Source, après qu'on a aſſez bû, ni d'ôter les Baliſes qui marquent les lieux dangereux, dans la Mer, ou les Mains qui*

Quelques exemples de ces menus ſervices.

*Romains*, à ce que l'on appelloit, *Interdictio aquâ & igni*; car on défendoit à chacun de leur fournir ni feu, ni eau, & on les contraignoit par-là à ſe bannir eux-mêmes du païs. Voyez ci-deſſous, *Liv.* VIII. *Ch.* XI. §. 7. Note 2.

(4) *Quis beneficium dixit, quadram panis, aut ſtipem æris abjecti, aut ignis accendendi factam poteſtatem? & interdum iſta plus proſunt, quàm maxima: ſed tamen vilitas ſua illis, etiam ubi tempore facta ſunt neceſſaria, detrahit pretium. De Beneſic.* Lib. IV. Cap. XXIX.

(5) *Ego, Charine, neutiquam officium liberi eſſe hominis puto,*
*Cùm is nil promereat, poſtulare id gratiæ apponi ſibi.*
*Andr.* Act. II. Scen. I. verſ. 33, 34.

J'ai ſuivi la Verſion de Madame Dacier.

(6) *Non quo more pyris veſci Calaber jubet hoſpes,*
*Tu me feciſti locupletem. Veſcere ſodes.*
*Jam ſatis eſt. At tu quantumvis tolle. Benignè.*
*Non inviſa feres pueris munuſcula parvis.*
*Tam teneor dono quàm ſi dimittar onuſtus.*
*Ut libet: hæc porcis hodie comedenda relinques.*
*Prodigus & ſtultus donat quæ ſpernit & odit.*
*Hæc ſeges ingratos tulit, & feret omnibus annis.*
Horat. *Lib.* I. *Epiſt.* VII. verſ. 14. & ſeqq.

J'ai ſuivi la Verſion du Pere Tarteron.

§. IV. (1) Προσθείην δ' ἂν ὅτι καὶ φιλανθρωπίας διδασκαλία τὸ ἔθος ἐστίν. οὔτε γὰρ τροφὴν ἀφανίζειν ὅσιον αὐτοὺς ἄδην ἔχοντας, οὔτε νάματος ἐμφορηθέντας, πηγὴν ἀποτυφλοῦν καὶ ἀποκρύπτειν, οὔτε πλοῦ σημεῖα καὶ ὁδοῦ διαφθείρειν χρησαμένους, ἀλλ' ἐᾶν καὶ ἀπολείπειν τὰ χρήσιμα τοῖς δεησομένοις μεθ' ἡμᾶς. ὅθεν οὐδὲ φῶς λύχνου, μὴ δεομένους, ἀπολλύναι διὰ μικρολογίαν καλὸν, ἀλλὰ τηρεῖν καὶ ἀπολείπειν, εἴ τις ἔλθοι δεόμενος παρόντος ὅτι καὶ λάμποντος. καὶ γὰρ ὄψιν, εἰ δυνατὸν ἦν, καὶ ἀκοὴν χρῆσθαι καλῶς εἶχεν ἑτέρῳ, καὶ νὴ Δία τὴν φρόνησιν καὶ τὴν ἀνδρείαν, μέλλοντας αὐτοὺς καθεύδειν καὶ ἡσυχάζειν. *Sympoſiac.* Lib. VII. *Quæſt.* IV. page 703. B. C. Tom. II. *Edit. Wech.* Voyez les *Queſtions Romaines*, ſur la coutûme. *Quæſt.* 75

*montrent les chemins ſur terre, après s'en être ſervi ſoi-même pour ſe conduire. Mais il faut laiſſer ces choſes pour l'uſage de ceux qui viendront après nous. Il n'eſt pas non-plus honnête d'éteindre, par avarice, une Lampe, lorſqu'on n'en a plus beſoin; mais il faut la laiſſer brûler, afin que ſi quelqu'un vient, pendant qu'elle éclaire encore, il puiſſe joüir de ſa clarté. Car s'il étoit poſſible que, quand on va ſe coucher & prendre du repos, les autres ſe ſerviſſent de nôtre propre Vûë, de nôtre Ouïe, de nôtre Prudence même ou de nôtre Valeur, il ne faudroit pas leur en refuſer l'uſage.* Un ancien Philoſophe (2) *défendoit de détruire & d'endommager aucune Plante franche.* On peut encore rapporter ici la permiſſion de puiſer, ou de ſe baigner, dans une Eau courante. Car quoique les Rivieres puiſſent appartenir à l'Etat, ou même à un Particulier, l'Humanité veut qu'on y laiſſe boire, ou puiſer de l'eau, tous ceux qui ne ſont pas de nos Ennemis. GROTIUS (a) dit, qu'*une Riviere, entant que* (3) *Riviere, appartient au Peuple dans les terres de qui elle coule; mais que conſiderée comme* (4) *une Eau courante, elle eſt du nombre des choſes qui ſont demeurées en commun.* Je ne ſçai, ſi, à parler exactement, on peut appeller une même choſe *propre*, & *commune*, ſelon les differentes manieres dont on l'enviſage. Il vaut mieux dire, à mon avis, que l'uſage de ces ſortes de choſes, qui appartiennent entierement à quelqu'un, doit néanmoins être commun à tout le monde par les Loix generales de l'Humanité. (5) Il eſt hors de doute, que les Rivieres, les Sources, & les Fontaines, peuvent entrer en proprieté. De là vient que (b) les *Iſraëlites* offroient autrefois aux *Iduméens*, s'ils les laiſſoient paſſer ſur leurs terres, de leur payer juſqu'à l'eau qu'ils y prendroient pour leur uſage & pour celui de leur Bétail. Mais cela n'empêche pas qu'on ne doive, quand on a des Eaux en abondance, en laiſſer prendre à tout le monde, autant que cela ſe peut ſans nous incommoder nous-mêmes (6). Et à moins que d'être d'une ſordide meſquinerie, on ne s'aviſera jamais de prétendre qu'un homme nous ſçache gré de quelques cruchées d'une liqueur ſi commune, (7) qui autrement s'écouleroient, ſans que perſonne en profitât, & qui ſont dans le moment remplacées par le cours perpetuel de l'eau que la Source envoye. (c) Autant vaudroit il s'approprier la lumiere & la chaleur du Soleil, ou l'air que l'on reſpire, & ſe faire un grand mérite

(a) Liv. II. Chap. II. §. 12.

(b) *Nombr. XX*, 19. Voyez *Geneſ. XXVI*. 20. & ſuiv. II, *Chron. XXXII*, 3.

(c) Voyez *Ovid.* Metam. VI, 349. & ſeqq. *de Arte Amandi.* Lib. III. 93, 94.

(2) φυτὸν ἥμερον μήτε φθείρειν, μήτε σίνεσθαι. *Pythagor.* in DIOG. LAERT. Lib. VIII. Segm. 23. ſur quoi voyez les Notes de MENAGE; & GROTIUS, *Droit de la Guerre & de la Paix*, Liv. III. Chap. XII, §. 2. *num.* 1.

(3) C'eſt-à-dire, à la conſiderer comme un amas d'Eau qui coule dans un certain Lit.

(4) Qui s'écoule à chaque moment, & qui n'appartient en propre qu'à celui qui la puiſe. Voyez ci-deſſous, *Liv.* IV. Chap. V. §. 2.

(5) J'ai renvoyé un peu plus bas une petite période, qui ne me paroiſſoit pas bien placée ici. C'eſt celle qui commence ainſi dans ma Traduction: *Et à moins que d'être, &c.* Ce Chapitre en général eſt un de ceux où il y a une grande confuſion, qui m'a obligé à y faire diverſes réparations, comme on s'en appercevra aiſément, ſi l'on confronte la Traduction avec l'Oginal.

(6) Nôtre Auteur propoſoit ici à examiner une Loi de *Solon*, dans PLUTARQUE, page 91. C. D. T. I. *Edit. Wech.* touchant l'uſage des eaux. Je me contente de la rapporter ici, ſuivant la verſion de Mr. DACIER; *parceque l'*Attique *eſt un païs ſec & aride, ſans Rivieres, ſans Lacs, où l'on ne trouve que peu de Fontaines, & que dans la plûpart des endroits il n'y a preſque d'autre eau que celle des Puits que l'on creuſe; il fit une Loi par laquelle il ordonna, que ceux qui ne ſeroient éloignez d'un Puits public que d'une certaine diſtance, qu'il limita à la carriere d'un Cheval, c'eſt-à-dire, à quatre Stades (* ou à cinq cens pas *) pourroient y aller puiſer, & que ceux qui en ſeroient plus éloignez, chercheroient dans leur propre fonds de l'eau pour leur uſage; mais ſi après avoir creuſé dix braſſes, ils n'en trouvoient point, ils pouvoient alors en aller prendre au Puits le plus prochain, une cruche de ſix pots deux fois par jour; car il vouloit ſoulager la néceſſité, & ne pas nourrir la pareſſe.* Voyez encore le Traité *De vitando ære alieno*, au commencement, page 827. Tom. II.

(7) *Nam hoc ad ſimile eſt, quaſi de fluvio qui aquam*
*derivat ſibi.*
*Niſi derivetur, tamen omnis ea aqua habeat in mare.*
*Nam hoc in mare abit, miſereque perit ſine omni*
*bona gratia* ———

PLAUT. Trucul. Acte II. Scene VII. verſ. 12, *& ſeqq.*

(8) Ἄσεγον

mérite de ce qu'on en accorde la jouïſſance à autrui. Les Loix Civiles preſcrivent auſſi quelquefois de ſemblables offices. Par la Loi de *Moïſe* un Proprietaire (d) étoit tenu de laiſſer dans ſon Champ quelque coin ſans moiſſonner, & de ne point ramaſſer les Epis qui avoient échappé aux Moiſſonneurs: cela étoit pour les Pauvres, & pour les Etrangers. La même choſe avoit lieu à l'égard des Raiſins qui reſtoient après la vendange, & des grains qui ſe trouvoient à terre, comme auſſi des Olives qui n'étoient point tombées lorſqu'on avoit ſecoué les Oliviers. Il étoit même permis aux Paſſans de prendre des Raiſins dans une Vigne, & des Epis dans un Champ, pourvû qu'ils ſe contentaſſent d'en manger tout leur ſoû, & qu'ils n'en emportaſſent (e) point chez eux. Parmi les *Lacédémoniens* (f), ſelon les Loix de *Licurgue*, on pouvoit ſe ſervir, dans le beſoin, des Eſclaves, des Bêtes, & des Proviſions d'autrui. Dans le Droit Romain (g) il eſt défendu aux Pêcheurs d'allumer du feu ſur le rivage pendant la nuit, de-peur que ceux qui ſe trouvent alors ſur mer, prenant cela pour un ſignal qui leur indique un bon port, ne courent riſque de ſe perdre. Voici des ſentences d'un ancien Poëte Grec, où l'on trouve des exemples de quelques autres offices d'Humanité: (8) *Donnez retraite à ceux qui n'ont point de couvert. Conduiſez les Aveugles. Ayez pitié de ceux qui ont fait naufrage; car la Navigation eſt périlleuſe & difficile. Tendez la main à ceux qui ſont tombez. Secourez ceux qui n'ont perſonne auprès d'eux qui puiſſe les tirer du danger où ils ſe trouvent. . . . Si une Bête, fût-elle* (9) *à vôtre Ennemi, eſt tombée ſur vôtre chemin, relevez-la. Ne vous détournez point pour éviter de rendre ſervice à une perſonne qui s'eſt égarée, ou qui eſt battuë d'une furieuſe tempête.* C'eſt ainſi que DIEU, *qui nous a fait mortels, veut que nous nous aſſiſtions les* (10) *uns les autres, & que par ces ſecours mutuels chacun tâche de détourner de deſſus la tête d'autrui, les malheurs qu'il apprèhende pour lui-même. Et ce n'eſt pas tant affection ou reſpect pour ceux à qui l'on rend de pareils offices, que crainte prévoyante de ſemblables accidens, & frayeur religieuſe des revers de la Fortune, auſquels nous ſommes tous ſujets; en un mot, ce ſont tous ſentimens intereſſez.* (11) *Dans la diſette d'autrui, chacun a, pour ainſi dire, compaſſion de lui-même. C'eſt ainſi que pendant un Siége on partage ſes proviſions avec les autres Aſſiégez, & que, quand les vivres viennent à manquer ſur mer, une ſeule perſonne en fournit ſouvent à tous ceux qui ſont dans le Vaiſſeau. De là vient encore ce mouvement de compaſſion qui porte à enſevelir* (12) *les Corps morts que l'on*

(d) *Levit.* XIX, 9, 10. XXIII, 22. *Deut.* XXV, 19, 20, 21. *Joſeph. Archæol. Jud.* IV, 8. *Selden De J. N & Gent. ſec. Hebr.* Lib. VI. Cap. VI.

(e) *Deut.* XXIII. 24, 25. Voyez *Matth.* XII. 1. *Plato. De Leg.* L. VIII. p. 916. B. Edit. Wech.

(f) *Xenoph. De Rep. & Leg. Laced.* p. 396, 397. *Edit. H. Steph.* Cap. VI. §. 3, 4. *Edit. Oxon.* Voyez auſſi *Lex Burgund.* Tit. XXVIII. §. 1.

(g) *Digeſt.* Lib. XLVII. *De incendio, ruina,* &c. Tit. IX. Leg. X.

(8) Ἄστεγον εἰς οἶκον δέξαι, καὶ τυφλὸν ὁδήγει.
Ναυηγοὺς οἴκτειρον, ἐπεὶ πλόος ἐστὶν ἄδηλος.
Χεῖρα πεσόντι δίδου, σῶσον δ' ἀπερίστατον ἄνδρα.

PHOCYLID. verſ. 22, 23, 24.

Κτῆνος δ' ἢν ἐχθροῖο πέσῃ καθ' ὁδὸν, συνέγειρον.
Πλαζόμενόν τε βροτὸν καὶ ἀλίτροπιν οὐχ ὑπαλύξεις.

Idem, *verſ.* 134, 135.

(9) Voyez EXOD. XXIII, 4. & DEUTERON. XXII, 1. & ſuiv.

(10) *Voluit nos ille mortalitatis artifex Deus in commune ſuccurrere, & per mutuas auxiliorum vices in altero quemque quod pro ſe timeret adſerere. Nondum hæc caritas eſt, nec perſonis impenſa reverentia, ſed ſimilium accidentium providi metus, & communium fortuitorum religioſus horror. In aliena fame ſui quiſque miſeretur. Sic cibos obſidio partitur, ſic inopiam pariter navigantium frequenter unius alimenta paverunt. Hinc & ille venit affectus, quod ignotis cadaveribus humum congerimus, & inſepultum quodlibet corpus nulla feſtinatio tam rapidæ tranſcurrit, ut non quantulocumque veneretur adgeſtu.* QUINTIL. *Declam.* V. Cap. VI. page 109. *Edit. Burm.* Voyez les réflexions que fait, ſur la ſenſibilité qu'on doit avoir pour les maux d'autrui, Mr. WOLLASTON, *Ebauche de la Religion Naturelle*, page 237, *& ſuiv.*

(11) C'eſt ce qui eſt auſſi bien exprimé par cet ancien vers qui ſe trouve parmi les Sentences de PUBLIUS SYRUS:

*Homo, qui in homine calamitoſo eſt miſericors, meminit ſui.*

Verſ. 796. *Edit. Lugd. Batav.*

(12) Voyez ce que j'ai dit ſur le Chap. III. du Liv. II. §. 23. *Note* 9.

*trouve, & à jetter du moins deſſus quelques poignées de terre, ſi preſſé que l'on ſoit de continuer ſa route; quoique l'on ignore de qui ils ſont.* Voilà toutes ſentences d'Auteurs Payens.

Du *droit de paſſage* ſur les lieux qui appartiennent à autrui.

§. V. GROTIUS (a) rapporte encore ici *la liberté de paſſer*, ſans faire aucun mal, par les Terres, les Fleuves, & les endroits de la Mer, qui appartiennent à quelqu'un, lorſque l'on ne veut ſe ſervir de cette conceſſion que pour un ſujet légitime: comme ſi des gens chaſſez de leur Païs cherchent à s'établir ailleurs; ſi l'on va trafiquer avec un Peuple éloigné; ſi quelqu'un entreprend une Guerre juſte pour ſe faire rendre ce qu'on lui doit; ſi une perſonne qui ſe trouve hors de ſa Patrie, apprenant qu'elle eſt menacée d'un grand danger, vient à ſon ſecours. Mais cette matiere mérite d'être examinée avec plus d'exactitude & de préciſion.

(a) Liv. II. Chap. II. §. 13. *num.* 1.

Je dis donc, que ſi quelque peu de gens, ſans armes, demandent paſſage, en payant les vivres qu'ils prendront chez nous, on doit certainement le leur accorder lorſqu'ils en ont beſoin pour quelque raiſon de neceſſité, ou du moins pour quelque ſujet honnête. Mais à l'égard des Armées nombreuſes, dont le paſſage peut nous faire raiſonnablement appréhender quelque choſe & de leur part, & de la part de ceux contre qui elles marchent, il eſt plus difficile de décider la queſtion. *Grotius* ſoûtient, que nonobſtant cette crainte on doit donner paſſage, & il ſe fonde ſur ce que quand on établit la Proprieté chacun ſe reſerva tacitement le droit de ſe ſervir, dans le beſoin, du bien d'autrui, tant que cela ſe pourroit ſans que le Poprietaire en reçût aucune incommodité. Il ſeroit, à mon avis, plus ſimple & plus naturel, de dire, que par les Loix de l'Humanité chacun eſt tenu de laiſſer à autrui un uſage innocent de ſon bien; deſorte que ceux à qui on le refuſe, dans une néceſſité preſſante, ſans aucune raiſon valable, ou ſous prétexte d'une défiance mal fondée, peuvent alors avoir recours à la force, & prendre d'eux-mêmes ce qu'on ne veut pas leur accorder de bonne grace.

Il ne faut pourtant en venir là qu'après avoir honnêtement demandé (b) paſſage, enſorte qu'il paroiſſe qu'on nous le refuſe par pure inhumanité. *Cimon*, General des *Athéniens*, allant autrefois au ſecours des *Lacédémoniens*, conduiſit ſon Armée par les terres de *Corinthe*, ſans en avoir donné avis à l'Etat; ſurquoi *Lacharte*, Corinthien, lui fit de juſtes reproches, diſant, que, (1) *quand on vouloit entrer chez quelqu'un il falloit du moins heurter à la porte, & attendre que le Maître de la maiſon nous voulût bien recevoir.* Les *Carthaginois*, pour faire voir le droit qu'ils avoient ſur un Païs que *Maſiniſſa* Roi de *Numidie*, leur conteſtoit, alleguerent, entr'autres raiſons, que *Maſiniſſa* en étoit lui-même convenu, puiſque pourſuivant (c) un certain *Aphire*, qui s'étoit ſauvé de ſes Etats, & qui faiſoit des courſes autour de *Cyrene* avec une partie des *Numides*, il avoit demandé aux *Carthaginois* la permiſſion de paſſer par ce même Païs, comme étant ſans contredit de la dépendance de *Carthage*.

(b) *Ibid.* num. 4. Voyez *Plutarch.* in Vit. Cim. *pag.* 489. C. Tome I. *Edit. Wech.*

(c) *Tit. Livius*, Lib. XXXIV. C. LXII.

*Grotius* (d) prétend, que la crainte du grand nombre de ceux qui demandent paſſage, ne diminue rien de leur droit; & d'autres ajoûtent là-deſſus, qu'une multitude peut auſſi-bien obſerver les maximes de la Loi Naturelle, qu'une petite poignée

(d) *Ubi ſuprà*, num. 5.

§. V. (1) Καὶ γὰρ θύραν κόψαντας ἀλλοτρίαν, ὀυκ εἰσιέναι πρότερον ἢ τὸν κύριον κελεῦσαι. *Plutarch. in Cimon.* Tome I. p. 489. *Edit. Wech. Telephe* fait le même reproche aux *Grecs*, dans *Dictys de Créte*, Lib. II. Cap. V. *Edit. Amſtel.* 1702. Voyez, ſur ce droit de paſſage, auſſi-bien que ſur celui qu'on prétend que chacun a de commercer où il veut, le Traité de SELDEN, intitulé, *Mare clauſum*, Lib. I. Cap. 20.

de gens. Il eſt vrai, dit-on, que cela donne droit de ſe bien précautionner, & d'exiger de ceux qui veulent paſſer ſur nos terres, de bonnes aſſurances qu'ils ne cauſeront aucun dommage, ou que s'il en arrive du mal, ils le répareront. Car, ſelon le Proverbe commun, *l'occaſion fait le larron*, & il faudroit être bien imprudent pour recevoir chez ſoi un ſi grand nombre d'Etrangers, qu'ils fuſſent en état de nous en chaſſer nous-mêmes. Il ne manque pas d'exemples de Villes, qui, pour avoir inconſidérement laiſſé entrer des troupes nombreuſes, ont été ſurpriſes & réduites ſous le joug d'une Puiſſance étrangere. Il y a d'ailleurs peu de Generaux, qui, en pareille rencontre, méritent l'éloge qui fut autrefois donné par *Ciceron* à *Pompée le Grand*; Que (2) *ſes Troupes traverſerent toute l'*Aſie, *ſans laiſſer aucune plainte de leur inſolence, non pas même la trace de leur paſſage.* C'eſtpourquoi, lorſque les *Suiſſes* (e), qui formoient une prodigieuſe multitude, & qui avoient autrefois traité ignominieuſement l'Armée de *Caſſius*, demanderent à *Céſar* la permiſſion de paſſer par la Province Romaine, il la leur refuſa, croyant bien que des gens comme ceux-là ne pourroient guéres s'empêcher de faire quelque déſordre.

(e) *Caſar. Comm. De Bell. Gall.* Lib. I. Cap. VII. VIII.

Entre les diverſes précautions que *Grotius* propoſe, il y en a une qui paroît preſque impraticable; c'eſt de faire paſſer ſans armes les Troupes étrangéres: car exiger cela d'un Homme de guerre, c'eſt, pour ainſi dire (3), *lui couper les bras*, comme on a dit que les *Numantins* regarderent autrefois une pareille propoſition. Il vaut mieux que les Soldats défilent par petites bandes ſéparées, ou que l'on donne des ôtages. A l'égard des Garniſons entretenuës aux dépens de celui qui veut paſſer, c'eſt une précaution qui coûteroit trop cher, & qui demanderoit beaucoup de tems.

Enfin, dit *Grotius*, on ne ſauroit légitimement refuſer le paſſage, ſous prétexte qu'il y a d'autres chemins, plus éloignez à la verité, & un peu détournez, mais par leſquels après tout l'Etranger arrivera au lieu où il veut aller. Car, chacun pouvant alleguer la même raiſon, le droit de Paſſage s'évanouïroit ainſi, & ſe réduiroit à rien. Il ſuffit que l'on ne trouve point d'autre chemin plus court ni plus commode, & que l'on veuille paſſer ſans aucun mauvais deſſein. Voilà les raiſons de ceux qui prétendent que le droit de Paſſage eſt fondé directement ſur une Loi de l'Humanité ſi ſacrée & ſi inviolable, qu'on ne doit jamais s'oppoſer à ceux qui en veulent faire uſage pour un ſujet légitime: car je ne m'arrêterai point à examiner ici ce qui a été avancé par quelqu'un: (4) Que les grands Chemins appartiennent en commun au Genre Humain, & non pas à ceux dont ils traverſent les terres; comme ſi, dès le commencement du Monde, DIEU lui-même avoit tracé & deſtiné à l'uſage de tous les Hommes en general, ce nombre infini de routes fréquentées qui entrecoupent la ſurface du Globe Terreſtre. Cette imagination eſt trop ridicule pour mériter d'être réfutée.

Mais il y en a d'autres, qui ſoûtiennent, que l'on n'eſt point tenu, par le Droit Naturel tout ſeul, & ſans une convention ou une conceſſion paticuliere qui ait précédé, d'accorder le paſſage à (5) une Armée étrangere, ſurtout ſi elle marche contre

(2) *Cujus Legiones ſic in* Aſiam *pervenerunt, ut non modò manus tanti exercitus, ſed ne veſtigium quidem cuiquam pacato nocuiſſe dicatur.* Orat. *pro Legib. Manil.* Cap. XIII. J'ai ſuivi la Verſion de D'ABLANCOURT.

(3) *In legitimi fœderis pretium juſſi arma deponere, hoc ſic à Barbaris* [Numantinis] *acceptum, quaſi manus abſcinderentur.* FLORUS, *Lib.* II. *Cap.* XVIII. num. 4. Voyez là-deſſus les Notes de FREINSHEMIUS & de GRÆVIUS.

(4) Mr. HERTIUS cite ici ADRIANI BEIERI *Tract. An & quatenus tranſitus pro exercitu pro territorium alterius poſtulari & denegari poſſit.*

(5) En ce cas-là, le ſervice qu'on nous demande n'eſt pas un office d'une utilité innocente. Il y a un dommage préſent, & un péril encore plus grand pour

quelqu'un de nos Voiſins. Et il faut avouer qu'on ne manque pas de raiſons très-plauſibles pour appuyer ce ſentiment. Certainement il ſemble qu'on doive cette honnêteté à un Voiſin, ſurtout lorſqu'il eſt en bonne intelligence avec nous, ou qu'on lui a quelque obligation, de ne point laiſſer paſſer par nos terres un Ennemi qui veut l'aller attaquer; du moins tant qu'on peut empêcher cela ſans (6) s'attirer à ſoi-même quelque grand malheur. Auſſi voyons-nous, que dans les Traitez d'Alliance il y a ordinairement une clauſe expreſſe, par laquelle chacun des Alliez s'engage à ne point donner paſſage aux Ennemis de l'autre (f). En vain diſtingue-t-on ici entre *Guerre juſte*, & *Guerre injuſte*, prétendant que la derniere donne droit de refuſer le paſſage, au lieu que la premiere met dans une obligation indiſpenſable de l'accorder. Cette diſtinction ne leve point la difficulté: car, outre qu'il n'eſt pas toûjours facile de décider ſi une Guerre eſt juſte ou injuſte, il y a de la témérité à vouloir ſe rendre, pour ainſi dire, l'arbitre de deux Ennemis qui ont les armes à la main, & à ſe mêler de leur différend. Ajoûtez à cela, qu'en donnant paſſage on court riſque de faire de ſon propre Païs le théatre de la Guerre. En effet, pendant que celui à qui l'on permet de paſſer eſt encore ſur nos terres, l'autre ne peut-il pas lui venir audevant, & l'empêcher d'aller plus loin (7)? Je ne vois pas même qu'on ait lieu de s'en formaliſer; car

(f) Voyez le Traité entre les *Romains*, & *Antiochus*, dans *T. Liv.* Lib. XXXVIII. Cap. XXXVIII. *ab init.* & entre les mêmes *Romains*, & les *Etoliens*, dans *Polyb. Excerpt. Legat.* XXVIII.

l'avenir. Si une Armée, qui eſt en marche, cauſe quelquefois du dégât & du déſordre dans les Pays alliez, & parmi les Compatriotes mêmes, que ne fera-t-elle point en Pays étranger? L'Hiſtoire ancienne & moderne, & ce qui ſe paſſe de nos jours, n'en fourniſſent que trop d'exemples. Voyez TACIT. *Hiſtor.* Lib. II. Cap. XII. & LXXXVII. PLIN. *Panegyr.* Cap. XX. num. 4. *Edit. Cellar.* PHILIPPE DE COMINES, *Mémoires*, Liv. VI. Chap. 12. Page 176. *Edit. de Lyon* 1559. D'ailleurs un grand nombre de gens, qui paſſent par un Pays, font immanquablement rencherir les vivres: ainſi la plûpart des Habitans en ſouffrent. Mais il y a d'autres ſuites à appréhender, encore plus fâcheuſes, dont nous parlerons plus bas, en ſuppléant ce qui manque à nôtre Auteur, ſuivant les idées de GRONOVIUS, dans une Note ſur GROTIUS, Lib. II. Cap. II. §. 13. num. 1. d'où ce que je viens de dire eſt tiré. Joignez ici ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. II. §. 13. *Note* 1.

(6) C'eſt ainſi que les *Romains* ayant autrefois envoyé des Ambaſſadeurs aux *Gaulois*, pour les prier de ne point donner paſſage aux *Carthaginois*, qui venoient porter la guerre en *Italie*; les *Gaulois* trouverent cette propoſition fort impertinente. „Belle demande! diſoient-ils, que pour ne pas laiſſer pénétrer la „guerre en *Italie*, nous l'attirions ſur nos têtes, & „que pour mettre à couvert le Pays d'autrui, nous „expoſions le nôtre au pillage! . . . . D'ailleurs nous „n'avons reçu ni aucun bien des *Romains*, ni aucun „mal des *Carthaginois*, qui nous oblige à prendre les „armes, ou pour les premiers, ou contre les derniers. *Adeo ſtolida impudenſque poſtulatio viſa eſt, cenſere, ne in* Italiam *tranſmittant* Galli *bellum*, *ipſos id avertere in ſe*, *agroſque ſuos pro alienis populandos objicere. . . . . Neque* Romanorum *in ſe meritum eſſe*, *neque* Carthaginienſium *injuriam*, *ob quæ aut pro* Romanis, *aut adverſus* Pœnos *ſumant arma.* TIT. LIV. *Lib.* XXI. Cap. XX.

(7) Ce n'eſt pas là le ſeul danger. Si celui à qui l'on donne paſſage eſt repouſſé, & a enfin du deſſous, quelque juſte raiſon qu'il ait euë de faire la guerre à l'autre, celui-ci ne ſe vengera-t-il point de ce qu'il n'a pas tenu à nous que ſon ennemi ne l'accablât? Mais n'a-t-on rien à craindre de la part même des Troupes étrangeres que l'on laiſſe paſſer? Les partiſans de l'opinion contraire en tombent d'accord, & c'eſt pour cela qu'ils veulent qu'on prenne bien ſes précautions. Des gens, qui ont les armes à la main, ſe laiſſent aiſément aller à la tentation d'en abuſer, & de commettre des violences; ſurtout s'ils ſont en grand nombre, & qu'ils trouvent l'occaſion de faire quelque butin conſidérable. Combien de fois n'a-t on pas vû des Armées étrangeres ravager ou s'approprier même les Etats d'un Peuple qui les avoit appellées à ſon ſecours, ſans que les Traitez & les Sermens les plus ſolemnels ayent été capables de les détourner d'une ſi noire perfidie? Voyez *Juſtin.* Lib. IV. Cap. III. num. 5. & VIII, 3. TIT. LIV. Lib. VII. Cap. XXXVIII. & ce que WITTICHIND raconte des *Anglo-Saxons*, Lib. I. *Annal.* pag. 3. *Edit. Wechel.* 1577. Que ne doit-on point appréhender de ceux qui ne ſont pas dans des engagemens ſi étroits, & qui promettent ſimplement de ne point faire de mal? D'ailleurs, comme, dans les corps des animaux, les parties les plus délicates & les plus ſujettes à être dangereuſement affectées, ce ſont les intérieures, que l'on appelle *vitales*, de même preſque tous les Etats ont ceci de commun, que plus on avance dans le cœur du Pays, plus on les trouve foibles & déſarmez. Les *Carthaginois*, ailleurs invincibles, furent vaincus près de *Carthage* par *Agathoclès*, & par *Scipion*. *Hannibal* diſoit, qu'on ne pouvoit venir à bout des *Romains* que dans l'*Italie* même. C'eſt donc une choſe bien périlleuſe, vû l'avidité inſatiable des hommes, que de laiſſer épier ces myſteres à une grande multitude d'étrangers, qui ayant les armes à la main, peuvent profiter de nôtre imprudence. Ajoûtez à cela que, dans tous les Etats il ne manque jamais d'Eſprits mutins & remuans, qui ſont capables de ſolliciter l'Etranger ou contre les Concitoyens, ou contre le Souverain, ou contre leurs Voiſins. Voyez ce que racontent FRANÇOIS DE BEAUCAIRE dans ſes *Commentarii Rerum Gallic.* Lib. V. Cap. 34. & PHILIPPE DE COMINES, Liv. VII. Chap. VII. au ſujet des Habitans de la ville

rien ne l'oblige à laiſſer penetrer l'Ennemi dans ſon Païs, pour décharger le nôtre d'une Armée étrangere que nous avons bien voulu y laiſſer entrer. Le plus ſûr eſt donc de refuſer, & d'empêcher même le paſſage, lors du moins qu'on peut le faire ſans s'incommoder beaucoup. Que ſi l'on n'eſt pas aſſez fort pour s'oppoſer à la violence de celui qui veut paſſer à quelque prix que ce ſoit, ou que par-là on s'attire infailliblement ſur les bras une fâcheuſe Guerre, alors la néceſſité, où l'on ſe trouve, nous fournit ſuffiſamment dequoi nous juſtifier auprès de nôtre Voiſin, chez qui la Guerre va être portée au-travers de nos Etats. (g)

Un (h) Commentateur de *Grotius* ſoûtient même, qu'à parler en general perſonne n'a un droit naturel de paſſer par les terres d'autrui, à moins qu'il ne l'ait acquis par quelque Convention: de même qu'on ne peut point traverſer le fonds d'un Particulier, ſi l'on n'a ſur ce fonds quelque droit de *ſervitude*. A plus forte raiſon eſt-on diſpenſé d'accorder le paſſage, lorſqu'on a vraiſemblablement lieu d'en appréhender quelque ſuite fâcheuſe (8). C'eſt ainſi qu'entre Particuliers, quoique mon Voiſin, par exemple, ait droit de paſſage ſur mon Bâtiment, ſi néanmoins il le traverſe ſouvent avec des Flambeaux, enſorte qu'il coure riſque d'y mettre le feu, je puis certainement l'en empêcher: non que la crainte de quelque fâcheux accident diminuë rien du droit de mon Voiſin, mais elle m'autoriſe à ne pas permettre que mon Voiſin uſe de ſon droit d'une maniere ſi périlleuſe pour mon Bâtiment. Il faut pourtant remarquer, que, dans la queſtion dont nous traitons ici, le droit de Paſſage n'emporte pas une ſervitude perpétuelle: il s'agit ſeulement de ſçavoir, ſi, pour ſe procurer quelque grand avantage, ou du moins lorſqu'une preſſante néceſſité le demande, on peut ſe ſervir du bien d'autrui pour un peu de tems, enſorte que, ſi le Proprietaire ne nous en accorde pas l'uſage de bonne grace dans une telle occaſion, il commette envers nous un acte d'inhumanité?

Les exemples qu'on allégue ne peuvent guéres ſervir à décider la queſtion. Car pour l'ordinaire, ſelon que chacun s'eſt trouvé fort ou foible, l'Etranger a demandé paſſage ou honnêtement, ou avec hauteur; & l'autre l'a ou refuſé, ou accordé (9). Les *Tralliens* (i) voulant exiger d'*Agéſilas*, pour le laiſſer paſſer dans leur Païs, cent Talens & autant de Femmes, il répondit, en ſe moquant, à ceux qui portoient cette propoſition, *Que ne ſont-ils déja ici pour recevoir leur payement!* En même tems

(g) On peut remarquer auſſi le tour que prirent les *Thébains* dans *Plutarch. in Lyſandr.* pag. 449. A.

(h) *Caſp. Ziegler.* in *Lib.* II. *Cap.* II. §. 13.

(i) *Plutarch.* in *Ageſil.* p. 604. Dans les *Apophthegmes Lacon.* pag. 211. D. il y a, *Troades*, au lieu de *Tralles*.

de *Piſe*, à qui *Charles* VIII. rendit la liberté, lorſqu'il paſſoit dans le Royaume de *Naples* pour le conquerir; & ce que dit TACITE des *Lyonnois*, Hiſtor. Lib. I. Cap. LXV. Ainſi les précautions dont on parle, ne ſont bonnes à prendre que quand on peut s'empêcher de donner paſſage; car avec toute la circonſpection imaginable on ne laiſſe pas ſouvent d'être attrapé, & quiconque permet l'entrée de ſon Pays à un Etranger, reçoit ou un Maitre, ou un Egal. Mais quand même on n'auroit rien à craindre ni de la part de celui qui veut paſſer, ni de la part de celui contre qui il marche, on prive infailliblement ſes propres Sujets du profit qu'ils faiſoient par le commerce avec le Voiſin dont on laiſſe paſſer l'Ennemi. Voyez ce que je dirai encore, après GRONOVIUS, dans la Note 9.

(8) Si un Souverain peut défendre aux Habitans même du Pays d'aller armez dans toute l'étenduë de ſes Etats, à plus forte raiſon peut-il ne pas le permettre aux Etrangers. Voyez CICER. Lib. V. *in Verr.* Cap. III. De-plus un ſimple Particulier a bien droit de ne laiſſer entrer perſonne dans ſon Champ pour y chaſſer, pas même aux Oiſeaux: INSTITUT. Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſ.* §. 12. & il ne ſeroit pas permis à un Souverain de refuſer le paſſage à une Armée étrangere? Voyez JUSTIN. Lib. IX. Cap. II. TIT. LIV. Lib. XXXVII. Cap. VII. CÆSAR, de Bell. Gall. *Lib.* I. *Cap.* VIII. C'eſt ce que dit encore J. FRID. GRONOV. Voyez la Diſſertation de Mr. DE BYNKERSHOEK, *de dominio Maris*, qui a paru en 1703. *Cap.* IV. *pag.* 27, 28.

(9) A ces exemples, qui prouvent plûtôt ce qui a été fait que ce qui a dû ſe faire, on peut oppoſer des exemples bien plus conſidérables, de Peuples qui ont été très-mal recompenſez de leur facilité à laiſſer paſſer des Troupes étrangeres. Voyez, par exemple, comment *Phébidas* s'empara de la Citadelle de *Cadmée*, DIODOR. SIC. Lib. XLV. Cap. XX. & comment la ville de *Meſſine* fut priſe par les *Campaniens* de l'Armée d'*Agathoclès*, POLYB. Hiſtor. Lib. I. Cap. 7. Cette Note eſt encore de J. FRID. GRONOVIUS. Voyez la Diſſertation de Mr. BUDDEUS, ſur les *Croiſades*, parmi ſes *Selecta Jur. N. & Gent.* §. 30.

il marcha contr'eux, & les battit. Peu de tems après il envoya demander paſſage au Roi de *Macédoine*, & ce Prince lui ayant répondu, qu'il y penſeroit: *Hé bien*, dit-il, *qu'il y penſe, nous paſſerons cependant*. Les *Iſraëlites*, dont on fait ſurtout valoir (k) l'exemple, demanderent paſſage par l'*Idumée*, offrant de ne point s'écarter du grand chemin, pour entrer dans les prairies ou dans les fonds cultivez, & de payer comptant ce dont ils auroient beſoin. Les *Iduméens* ayant rejetté ces propoſitions, & s'étant mis ſous les armes pour empêcher l'entrée de leur Païs aux *Iſraëlites*, ceux-ci ne jugerent pas à propos de forcer le paſſage, & ils aimerent mieux prendre un grand détour le long des frontieres de l'*Idumée*. Cependant, malgré ce refus inhumain, lorſqu'ils traverſerent enſuite un petit coin de l'*Idumée* (10), ils ne laiſſerent pas de paſſer ſans commettre aucun déſordre. Mais quand *Sichon*, Roi des *Amorrhéens*, non content de leur avoir fait le même refus, leur fut allé au-devant avec une Armée, juſques hors de ſes Etats, comme il ſemble, ils le repouſſerent & le battirent, ſe vengeant par-là plûtôt de ce qu'il étoit venu les attaquer ſans ſujet, que de ce qu'il leur avoit refuſé le paſſage. Autrement, comme ces *Amorrhéens* étoient hors des bornes de la (11) Terre Promiſe, dont les Habitans avoient été condamnez par un jugement particulier du Ciel à être entierement détruits, il y auroit eu trop de dureté à exterminer une Nation entiere, pour punir le refus d'un ſimple devoir d'Humanité. Et il ne ſuffit pas de dire, comme font quelques-uns, (12) que *ſi ce Peuple avoit voulu donner quelque couleur d'une crainte bien fondée au refus qu'il faiſoit de donner paſſage, il ne devoit point rejetter les propoſitions équitables des* Iſraëlites, *mais entrer avec eux en traité pour prendre des meſures ſur les moyens de lui aſſurer l'effet de ces promeſſes: & qu'ayant au contraire rompu avec eux tout commerce de paix, il avoit aſſez témoigné par-là qu'il n'étoit pas dans des diſpoſitions conformes au Droit & à l'Equité*. Cela, dis-je, ne ſatisfait point: car, ſelon les regles invariables du Droit commun à tous les Hommes, la violation (13) des Loix de l'Humanité toute ſeule n'autoriſe point à en venir aux dernieres extremitez contre celui qui manque à quelqu'un de ces Devoirs.

(k) Voyez *Nombr.* XX XXI. & *Deuter.* II.

*Du tranſport des marchandiſes* par les terres d'autrui.

§. VI. Parmi les choſes d'une utilité innocente, qui par conſéquent doivent être accordées de bonne grace à tout le monde, Grotius (a) met encore le *tranſport des marchandiſes*. Un (b) de ſes Commentateurs l'accuſe de s'être contredit, parce qu'après avoir poſé ici pour maxime, que *perſonne n'a droit d'empêcher une Nation de trafiquer* (1) *avec toute autre Nation éloignée*, il ne laiſſe pas de ſoûtenir, ſur la fin

(a) Liv. II. Chap. II. §. 13. num. 9.

(b) *Ziegler*, ad §. 24.

(10) Ils n'entrerent point dans l'*Idumée*; mais ils paſſerent près des frontieres, & acheterent des vivres des *Iduméens*. Voyez Mr. Le Clerc ſur *Deut.* II, 29.

(11) Je m'étonne que, contre pluſieurs paſſages formels de l'Ecriture, nôtre Auteur ôte les *Amorrhéens* du nombre des ſept Nations, qui, ſelon l'ordre de Dieu, devoient être exterminées. Voyez, par exemple, *Deut.* VII, 1. XX, 17. Il eſt vrai pourtant, que ceux, dont il s'agit ici, étoient hors de la *Terre Promiſe* proprement ainſi nommée, qui comprenoit toute l'étenduë du pays renfermé entre le *Jourdain*, & la *Mer Méditerranée*; & par conſéquent, ſi le Roi *Sichon* avoit accordé le paſſage aux *Iſraëlites*, ils n'auroient point encore executé contre cette partie des *Amorrhéens*, la ſentence de la Juſtice divine. Voyez Mr. Le Clerc ſur *Geneſ.* X, 16. & *Nombr.* XXI, 22.

(12) Ce ſont les paroles mêmes de Boeclen, dans ſon Commentaire ſur Grotius, Lib. II. Cap. II. *pag.* 71.

(13) Voyez les *Inſtit. Juriſpr. Div.* de Mr. Thomasius, Lib. II. Cap. VI. §. 16. *& ſeqq.* Au reſte, Mr. Buddeus, dans ſes *Element. Phil. Pract.* Part. II. Cap. IV. Sect. VIII. §. 3. ſoûtient que, ſuppoſé d'un côté la Juſtice & la néceſſité de la Guerre que celui qui demande paſſage par nos terres veut entreprendre; de l'autre, qu'on n'ait rien à craindre ſoi-même ni de la part de celui qui veut paſſer, ni de la part de celui contre qui il marche, on eſt dans une obligation indiſpenſable de donner paſſage. Et ſa raiſon eſt, que la Loi de Nature oblige chacun à ſecourir ceux qu'il voit injuſtement opprimez: à plus forte raiſon doit-on n'apporter aucun obſtacle à ce qu'ils entreprennent pour ſe défendre. Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. V. §. 6. *Note* 3.

§. VI. (1) Grotius ſemble avoir ſouſentendu, *ou médiatement, ou immédiatement*. Cela paroit par la reſtriction qu'il met au Traité qu'il croit permis entre deux Etats, dont l'un s'engage de ne vendre qu'à

du Chapitre, qu'*on peut légitimement ſtipuler d'un Etat, qu'il ne vende qu'à nous ſeuls une certaine ſorte de denrées qui ne croiſſent point ailleurs:* par où l'on empêche ſans contredit les autres Etats de commercer avec celui-là. Ne pourroit-on pas dire, pour ſauver cette contradiction, que dans le premier endroit *Grotius* parle d'une oppoſition accompagnée de violence, au lieu que dans le dernier il s'agit d'un obſtacle qui eſt une ſimple ſuite d'un Traité particulier conclu entre deux Etats? Quoiqu'il en ſoit, il reſte toûjours quelque difficulté dans le fond même de la choſe; car les Loix de l'Humanité toute ſeule ne ſemblent pas nous impoſer une obligation indiſpenſable de donner paſſage à aucune marchandiſe étrangere, ſi l'on en excepte celles qui ſont neceſſaires à la Vie. Pour les autres, qui ne ſervent qu'au luxe, ou dont le trafic tend plûtôt à entaſſer des Richeſſes ſuperfluës, ou à ſatisfaire l'Avarice, qu'à fournir aux beſoins de la Vie, je ne vois pas de quel droit on prétendroit obliger quelqu'un à les laiſſer tranſporter par ſon Païs. A la verité on ne ſauroit guéres trouver de prétexte plauſible pour empêcher que des Vaiſſeaux marchands, qui vont dans un tiers Païs avec qui l'on eſt en paix, faſſent voile en pleine mer à la hauteur de nos terres. Et c'eſt à quoi ſe rapportent principalement les autoritez qu'on étale ici en grand nombre. Mais on peut avoir de bonnes raiſons d'arrêter les marchandiſes étrangeres, tant ſur terre que ſur une Riviere, ou ſur un Bras de mer qui eſt de nôtre dépendance. Car, outre qu'un trop grand abord d'Etrangers eſt quelquefois préjudiciable ou ſuſpect à l'Etat, pourquoi eſt-ce qu'un Souverain ne procureroit pas à ſes Sujets le gain que font les Etrangers à la faveur du paſſage qu'il leur donne? Ne peut-il pas favoriſer les Citoyens préférablement aux Etrangers? J'avouë qu'en permettant à ceux-ci de tranſporter ailleurs leurs marchandiſes, même ſans rien exiger d'eux pour le paſſage, on ne reçoit proprement aucun dommage, & qu'ils ne nous font aucun tort de prétendre à un profit dont nous aurions pû nous emparer avant eux. Mais auſſi comme ils n'ont aucun droit de nous en exclure, pourquoi ne tâcherions-nous pas de l'attirer à nous? Pourquoi ne préfererions-nous pas nôtre propre intérêt au leur? Pourquoi ne ferions-nous pas paſſer leurs marchandiſes immédiatement par le canal de nos Citoyens, dans le tiers Païs où elles ne ſauroient être tranſportées commodément que par nos Etats (2)? Si l'on n'admet cette raiſon,

l'autre une certaine ſorte de denrées qui ne croiſſent point ailleurs: *Bien entendu*, ajoûte-t-il, *que le Peuple, qui acquiert le privilege d'acheter ſeul ces ſortes de denrées, ſoit tout prêt de les vendre aux autres à un prix raiſonnable: car pourvû qu'on puiſſe avoir ce dont on a beſoin pour ſatisfaire les deſirs de la nature, il n'importe d'où on le tire, ni de qui on l'achete.* Ainſi la diſtinction, par laquelle nôtre Auteur veut concilier ces deux paſſages de *Grotius*, ne paroît pas fort néceſſaire. Voyez ce que dit GRONOVIUS dans ſa Note ſur le premier endroit.

(2) Comme les Devoirs de l'Humanité ſont réciproques, & que celui qui en reſſent les effets eſt tenu d'en témoigner quelque reconnoiſſance, les Etrangers ne ſçauroient raiſonnablement ſe plaindre de ce qu'on les oblige à expoſer en vente leurs marchandiſes dans le Pays, pourvû qu'on les achete à un prix raiſonnable: car ſur ce pié-là ils y gagneront toûjours, quoiqu'ils ne gagnent pas autant qu'ils feroient, s'il tranſportoient plus loin leurs marchandiſes. Que s'il s'agit de marchandiſes, ou de denrées dont on ait abondance, & dont ont trafique ſoi-même, on peut leur refuſer abſolument l'entrée: car il eſt clair qu'autant de profit que feroient ces Marchands en paſſant par nôtre Pays, pour aller dans l'autre, ce ſeroit autant de diminution du gain que nous aurions fait. Mais ſi, en refuſant le paſſage, on prive les Etrangers qui le demandent, du profit qu'ils pouvoient faire, ſans qu'il nous en revienne à nous-mêmes aucun avantage, il y auroit alors de l'inhumanité à leur envier un bien que l'on ne peut pas obtenir ſoi-même, ſurtout ſi l'autre Peuple, chez qui ils vouloient porter leurs marchandiſes, ne peut en avoir d'ailleurs, ou du moins qu'à un prix exorbitant. Voyez Mr. BUDDEUS, *ubi ſuprà*, §. 4, 5. Mr. HERTIUS, dans ſa Note ſur cet endroit de nôtre Auteur, accorde que rien n'empêche que le *droit d'Etape* n'ait lieu entre les Citoyens d'un même Etat, ou par rapport aux Etrangers qui viennent vendre leurs marchandiſes & leurs denrées dans le Pays; c'eſt-à dire, qu'on peut alors ne permettre à ceux-ci de les expoſer en vente que dans un certain endroit: mais il ne voit pas en vertu dequoi ceux qui veulent amener chez eux des marchandiſes étrangeres, ou tranſporter dans un tiers Pays des choſes qui croiſſent ou qui ſe fabriquent chez eux, peuvent être obligez à les ex-

je ne vois pas comment on pourra juſtifier le droit (3) d'*Etape*, & autres ſemblables, en vertu deſquels le Souverain arrête les marchandiſes, pour obliger ceux qui les tranſportent à les expoſer en vente dans un Marché ou un Magazin public, & ne permet aux Etrangers de négocier enſemble, à la faveur de ſes terres, que par l'entremiſe des Habitans du Païs.

Si l'on peut impoſer quelques *droits d'entrée ou de ſortie* ſur les marchandiſes?

§. VII. CE que nous venons de dire ſert à décider une autre queſtion que l'on fait ici, ſçavoir, ſi la Loi de l'Humanité permet d'exiger quelques droits pour le paſſage des marchandiſes par les Terres, les Fleuves, ou les Bras de mer, qui ſont de nôtre dépendance? Car il y auroit ſans contredit une grande dureté à n'accorder que pour de l'argent une choſe que l'on devroit permettre gratuitement à tout le monde par les Loix generales de l'Humanité.

Il y a une raiſon manifeſte qui donne droit de prendre quelque choſe pour le paſſage des marchandiſes tranſportées par terre. Car, outre que les Chariots de voiture endommagent quelquefois les Fonds cultivez qui ſe trouvent ſur la route, il faut faire de la dépenſe pour entretenir les Chemins; & d'ailleurs le Seigneur du Païs fournit aux Paſſans, par ſes ſoins & ſa protection, les moyens de voyager (1) en ſureté. C'eſt ainſi que le Roi *Salomon* (a) levoit de grands droits ſur les Chevaux & ſur les Toiles qui paſſoient d'*Egypte* en *Syrie* ou dans le païs des *Héthiens*, par la *Judée*. On payoit auſſi quelque choſe pour l'Encens que l'on tranſportoit d'*Arabie* en d'autres endroits. Le péage des Ponts n'eſt pas moins légitime, puiſqu'on ſe dédommage par-là des frais qu'il a fallu faire pour les conſtruire, & qu'on eſt tenu d'ailleurs de les reparer & de les entretenir. Il en eſt de même à l'égard des lieux où l'on a pris de la peine pour rendre les Chemins plus courts & plus faciles, en comblant, par exemple, des Foſſez, ou deſſéchant des Marais pour la commodité des Voyageurs & des Voitures. Si quelqu'un auſſi étoit autrefois venu à bout de percer *l'Iſthme de Corinthe*, & de joindre par ce moyen la *Mer Ionienne* avec la *Mer Egée*, il auroit ſans doute pû exiger un impôt modique des Paſſans, qui ſeroient volontiers venus prendre cette route,

(a) I. *Rois*, X, 29. Voyez là-deſſus *Grotius*, & Mr. *Le Clerc*; & le premier ſur le *Droit de la Guerre, &c.* Liv. II. Chap. II. §. 14. num. 2.

poſer en vente; à moins que le Peuple par les terres de qui ils paſſent n'en ait lui-même grand beſoin. Pour moi, il me ſemble qu'il n'y a là aucune injuſtice; bien entendu qu'on veuille fournir à ces Etrangers les choſes qu'ils vont chercher ailleurs au-travers de nos Etats, ou leur acheter celles qui croiſſent ou qui ſe fabriquent chez eux, le tout à un prix raiſonnable. Car à quoi bon iroient-ils chercher loin ce qu'ils trouvent près? Et pourquoi ne s'accommoderoient-ils pas avec nous, qui ſommes plus voiſins, lorſqu'ils y trouvent leur compte paſſablement, quoiqu'ils fiſſent un plus grand gain, ſi on les laiſſoit paſſer? Ainſi, en ces cas-là, il eſt libre d'accorder, ou non, le paſſage, aux marchandiſes étrangeres, & tout ce à quoi il faut prendre garde, c'eſt ſi en le refuſant on ne nuira point au commerce des Habitans du Pays, ou s'il y a quelque autre inconvénient à craindre; ce qui eſt une affaire de prudence. Je ne dis rien des Traitez qu'on peut avoir fait là-deſſus; car on voit bien que, tant qu'ils ſubſiſtent, perſonne n'eſt maître de faire autre choſe que ce à quoi il s'eſt engagé.

(3) *Stapula*. Ce mot latiniſé vient de l'Allemand *Stapelen*, mettre en un monceau. Voyez le *Dict. Etymolog.* de MENAGE, & MARQUARD. de *Jur. Mercat.* Lib. II. Cap. VI. LOUÏS GUICCIARDIN prétend au contraire, que le mot Allemand tient du François *Eſtaple*, & celui-ci du Latin *Stabulum*. Voyez la *Deſcription des Païs-bas*, Tome II. page 97. *Edit. Latin. Amſt.* 1660. où l'on trouve auſſi pluſieurs exemples de Villes qui ont ce droit. On peut conſulter encore ici HADR. JUNII *Batavia*, Cap. XVII. pag. m. 417. MARTIN. SCHOOCK. *Belg. Fœder.* Lib. IV. Cap. IX. ZIEGLER, *De Jurib.* Lib. I. Cap. 42. STRUVIUS, *Syntagm. Jur. Pub. Rom. Germ.* Cap. XII. §. 28, *& ſeqq.*

§. VII. (1) En certains Païs, ceux qui levoient ces droits étoient ſi fort tenus de pourvoir à la ſûreté des Chemins, que ſi un homme venoit à être volé de jour, ils devoient le dédommager de ce qu'on lui avoit pris. On dit même que cela ſe pratique encore aujourd'hui en quelques endroits d'*Angleterre* & d'*Italie*. Voyez le *Dictionnaire* de FURETIERE, au mot *Péage*; & les *Loix Saxonnes*, Lib. II. Art. XXVII. Les Docteurs Allemands poſent pour maxime, que le Seigneur du Païs eſt tenu à ce dédommagement. Voyez GAIL. *Obſ. Practic.* Lib. II. Cap. 64. MYNSINGER. *Cent.* V. *Obſ.* 50. TITII *Jus Priv. Rom. Germ.* Lib. VIII. Cap. XIII. §. 14. Mais je ne ſçai ſi l'uſage en ſubſiſte aujourd'hui dans l'Empire d'*Allemagne*, & ſi tout ne ſe réduit pas à une ſpéculation, qui n'a pas plus d'effet que de fondement dans le Droit Romain, d'où l'on prétend la tirer.

(2) Notre

route, ſi elle eût été auſſi ſure qu'elle leur épargnoit de chemin. On voit même que, ſans qu'il y eût un canal de communication entre les deux Mers (b), les Marchands d'*Aſie* & d'*Italie* ſe faiſoient un plaiſir d'éviter le détour du Cap de *Malée*, & de paſſer à *Corinthe*, quoiqu'il y eût à l'*Iſthme* un péage pour les marchandiſes qui entroient ou qui ſortoient du *Peloponéſe*. A cette raiſon principale & déciſive, pour montrer l'équité des impôts qui ſe levent ſur terre, quelques-uns ajoûtent que le grand nombre des Paſſans rend les vivres plus chers. Il y a encore ici une autre choſe à conſiderer, c'eſt que le Souverain peut exiger du moins une petite reconnoiſſance de ce qu'il ſe relâche du droit qu'il avoit d'empêcher que les marchandiſes étrangeres ne paſſaſſent de ſes mains immédiatement à celui qui les va chercher plus loin au travers de ſes Etats, & de faire gagner à ſes propres Sujets, en établiſſant une *Etape*, ce que gagnent les Marchands qui trafiquent à la faveur de ſon Païs. A l'égard du péage des Rivieres, on peut dire auſſi qu'elles ravagent quelquefois conſidérablement les terres voiſines, ſoit en rongeant peu-à-peu leurs extrémitez, ou en ſe débordant; & qu'il faut même ſouvent y faire des chauſſées. Si donc, pour ſe dédommager un peu de ces pertes & de ces dépenſes on exige quelque petite choſe de ceux qui retirent du profit de l'uſage d'une Riviere, ſans en recevoir aucun dommage, y a-t-il là aucune apparence d'injuſtice (2)?

(b) *Strabo*, Geogr. Lib. VIII. pag. 378. *Edit. Caſaub. Pariſ.* (p. 580. *Edit. Amſt.* 1708.)

Mais il n'eſt pas ſi facile de juſtifier les droits qu'on leve ſur les Vaiſſeaux qui paſſent par un Détroit. A la vérité, ſi le Souverain de qui releve ce Bras de mer eſt engagé à quelques dépenſes pour la commodité publique de la Navigation; s'il a ſoin, par exemple, de mettre des Baliſes pour marquer les Ecueils ou les Bancs de ſable; d'entretenir des Fanaux pour guider les Vaiſſeaux pendant l'obſcurité de la Nuit; de nettoyer la Mer de Corſaires; il n'y a point de doute qu'il ne puiſſe exiger de ceux qui paſſent, un impôt proportionné à ce qu'il lui en coûte pour ce ſujet. Mais pour ce qui eſt des douanes qui vont au-delà, & qui ſe levent ſous quelque autre prétexte, on eſt plus embaraſſé à en faire voir l'équité; le paſſage des Vaiſſeaux, qui ne ſont point armez, étant ſans contredit une choſe d'une utilité entierement innocente. Ce n'eſt pas qu'on n'ait ici des raiſons aſſez ſpécieuſes. Il ne faut, dit-on, blâmer perſonne, de ce qu'il ſçait bien ſe prévaloir des avantages des lieux qui ſont ſous ſa domination: & ſi les uns tirent de grands revenus de leurs Terres, pourquoi les autres n'en tireroient-ils point de leurs Eaux? De-plus, quiconque entre dans les Etats d'un Prince, devenant à quelque égard ſon Sujet juſques à ce qu'il en ſorte, on pouvoit obliger les Marchands étrangers, qui font voile dans un Détroit de nôtre dépendance, à expoſer en vente leurs marchandiſes dans le Païs avant que de les porter ailleurs; & puiſqu'on ſe relâche de ce droit en leur faveur, ils ne doivent pas trouver mauvais que l'on ſe dédommage un peu par quelque autre endroit du gain dont on prive ſes Citoyens. Lors même qu'un Prince ne peut pas établir une *Etape* dans ſon Détroit, parceque les Peuples, chez qui les Vaiſſeaux étrangers vont chercher des marchandiſes, n'ont pas l'uſage de la Navigation, & que d'ailleurs ſes propres Sujets ne ſont pas en état d'équipper des Vaiſſeaux pour tranſporter eux-mêmes ces

(2) Nôtre Auteur remarquoit ici, que dans les *Capitulaires* de CHARLEMAGNE (*Lib.* III. *Cap.* XII.) Il eſt défendu de lever aucun péage ou paſſage des Rivieres, *in quibus nullum adjutorium præſtatur itinerantibus*, à moins que ce ne ſoit en dédommagement du ſoin que l'on prend pour la commodité & pour la ſûreté des Voyageurs. Mais, ajoûte-t-il, cette Loi ſemble avoir été faite en faveur des Citoyens d'un même Etat, & par conſéquent ne tire point à conſéquence pour les Etrangers. Voyez *Lex Longobard.* Lib. III. Tit. I. Leg. XXI.

marchandiſes dans leur Païs; cela ſeul néanmoins qu'il ne ferme point aux Vaiſſeaux étrangers un paſſage qui abrége leur route, mérite bien qu'on ne lui refuſe pas une petite partie du profit que l'on fait dans ces ſortes de voyages.

Il faut avouer pourtant, que ce péage pour la navigation de la Mer a je ne ſçai quoi d'infiniment plus odieux que ceux qui ſe lévent ſur terre, & qu'ainſi on doit l'exiger ſur un pié modique, ſans extorſion & ſans avarice. Il y a même tel (3) Prince qui peut alléguer des raiſons aſſez fortes pour s'exempter d'un pareil impôt: ſi, par exemple, ſes terres (4) confinent à la côte ſupérieure & inférieure du Détroit; ou ſi la conſervation de ſon Etat (5) dépend preſque de ſon commerce avec les autres Peuples chez qui il ne ſauroit négocier ſans paſſer par-là. En ces cas-là il y auroit ſans contredit de l'injuſtice à vouloir ſe rendre en quelque façon tributaire (6) un autre Souverain, à cauſe de l'utilité innocente que l'on procure à ſes Vaiſſeaux marchands, en les laiſſant aller & venir par un Bras de mer qui eſt de nôtre dépendance: & ce Prince ne pourroit guéres être blâmé, s'il tâchoit de ſe délivrer, par toute ſorte de voyes, de la dure ſujettion que le Maître du Détroit lui impoſeroit ſous un prétexte ſi odieux. En vain prétendroit-on inferer de ce que les autres Peuples auroient ac-

(3) On voit bien que nôtre Auteur a ici principalement en vûë le fameux *Détroit du Sund.* Dans le tems qu'il publia cet ouvrage, il étoit Profeſſeur à *Lunden* dans la Province de *Schonen* appartenante aux *Suédois* depuis la Paix de *Rotſchild.* Je laiſſe aux Lecteurs à examiner s'il ne lui eſt pas arrivé ici quelque choſe de ſemblable à ce dont il accuſe lui-même la plûpart des Ecrivains qui ont diſputé pour ou contre *l'Empire de la Mer.* Pour moi, je me contente de faire dans les Notes ſuivantes, quelques courtes réfléxions ſur les raiſons de nôtre Auteur conſidérées en général, & ſans aucune application particuliere à qui que ce ſoit. Je vois avec plaiſir, que depuis la premiere Edition de cet Ouvrage, quelques Auteurs celebres, de la même Nation que Mr. de PUFENDORF, ont témoigné approuver tout ce que je dis ici; comme Mr. GUNDLING, Profeſſeur à Hall en *Saxe* dans ſon *Jus Naturæ & Gentium*, Cap. XXXVI. §. 223. Mr. J. GABR. WOLFIUS, *Juriſpr. Nat.* Part. II. Sect. I. Cap. IV. §. 8. Mr. OTTO, Profeſſeur à *Utrecht*, dans ſes Notes ſur l'Abregé *De Officio Hom. & Civ.* Lib. I. Cap. VIII. §. 4.

(4) Cela ne prouve rien. Que les Sujets de ce Prince négocient enſemble par terre, ou s'ils veulent tranſporter leurs marchandiſes par le Bras de Mer voiſin, pourquoi refuſeroient-ils plûtôt que les autres Peuples, de payer la douane au Maître du Détroit, ſoit comme un dédommagement des frais qu'il fait pour la ſûreté & pour la commodité de la Navigation, ſoit comme une petite reconnoiſſance du profit qu'ils retirent eux-mêmes de ce qu'il leur ouvre un paſſage qui abrége leur route, & rend leur commerce plus floriſſant? Et quand même il n'y auroit point d'autre voye de communication entre les terres de ce Prince qui ſont au-deſſus du Détroit, & celles qui ſont au-deſſous, cela ne diminueroit rien des droits de celui qui eſt en poſſeſſion du Détroit. Autrement il s'enſuivroit, que quiconque a des terres enclavées dans les Etats d'autrui, tel qu'eſt par exemple, *Avignon*, & autrefois *Orange*, dans le Royaume de *France*; ſeroit en droit de prétendre, que le Seigneur du païs, au milieu duquel le ſien ſe trouve enfermé, lui laiſſât paſſer & repaſſer ſes marchandiſes, franches de toute taxe & de tout impôt: ce que nôtre Auteur n'auroit peut-être pas voulu accorder. Je ne vois pas d'ailleurs quel privilége pourroit donner ici la navigation ſur mer; puiſque, ſelon les principes de nôtre Auteur (Liv. IV. Chap. V. §. 8.) les Golfes & les Détroits, qui touchent les côtes d'un Etat, ne lui appartiennent pas moins que les grands Chemins renfermez dans ſes terres. Voyez la Diſſertation de Mr. de BYNKERSHOEK, *de dominio Maris*, Cap. IV. page 28.

(5) Suppoſé que le Peuple fût ſi pauvre, qu'un péage modique levé ſur les denrées & les marchandiſes qu'il tranſporteroit, le mît dans l'impuiſſance de négocier & de ſe pourvoir des choſes neceſſaires à la vie; en ce cas-là le Maitre du Détroit ſeroit tenu & même en vertu d'une Obligation parfaite, de laiſſer paſſer les Vaiſſeaux de ce Peuple ſans rien exiger. Mais pourquoi eſt-ce qu'il ne tireroit pas des Marchands étrangers qu'il laiſſe paſſer, une petite partie du profit qu'ils font, lorſque ceux ci ſçavent bien ſe dedommager de ce péage, en vendant leurs marchandiſes; ſans que par leurs Concitoyens, à qui il les vendent, ſoient reduits ou à manquer abſolument de quelques-unes des choſes néceſſaires à la vie, ou à les acheter à un prix exorbitant? Et quoique peut-être, ſi le Maitre du Détroit leur refuſoit entierement le paſſage, ils ſe trouvaſſent dans une grande indigence de pluſieurs choſes, il ne s'enſuit pas qu'ils doivent être exempts de tout péage, lorſque ce paſſage ouvert leur donne lieu de faire fleurir le commerce chez eux, & d'avoir eu une abondance ſuffiſante toutes les choſes dont ils ont beſoin, & même au-delà.

(6) Ce Souverain n'eſt pas plus tributaire par-là du Maitre du Détroit, qu'un homme qui voyageant en Païs étranger, paye le péage d'un Pont ou d'une Riviere, n'eſt tributaire du Maitre du Païs où il paſſe. Ce n'eſt pas non-plus, comme le prétend un Auteur Anglois (*Mémoires de Mr.* MOLESWORTH, page 86.) *une reconnoiſſance ſervile de la Souveraineté de ce Prince ſur les Mers* dont le Détroit eſt la clé. J'aimerois autant dire, qu'en payant le péage d'un Pont, ou d'une Riviére qui bornent les Etats d'un Prince, on eſt cenſé lui attribuer la Souveraineté ſur tout ce qui eſt au-delà.

quieſcé à un tel péage, que le Prince qui eſt dans les circonſtances où nous le ſuppoſons ne doit pas trouver mauvais qu'on l'exige auſſi de lui. Car la conſervation des autres Peuples n'étant pas attachée, comme la ſienne, au libre uſage de cette route, ils pourroient, ſans s'incommoder, ne pas refuſer au Maître du Détroit une petite partie du gain ſuperflu qu'ils feroient en y paſſant. C'eſt ainſi qu'il y a bien de la différence entre les prétentions d'un homme qui veut impoſer quelque ſervitude au Fonds de ſon voiſin uniquement pour en tirer du profit, & celles d'un autre qui ayant un bien de Campagne enclavé de tous côtez, demande le paſſage (7) par le Champ d'un de ſes Voiſins, ſans quoi il ne pourroit avoir aucun commerce avec perſonne, ni tranſporter ailleurs ſes denrées pour les vendre (8). Il ne ſuffit pas nonplus de dire, comme font ici quelques-uns, que toute cette diſpute doit être décidée par les Conventions qu'il y a eu là-deſſus entre les Etrangers & le Maître du Détroit. J'avoue que ſi l'on a traité enſemble d'une maniere où il n'y ait rien qui rende naturellement la Convention nulle, il faut s'en tenir à ce dont on eſt convenu; (9) enſorte que ni les Etrangers ne ſauroient après cela refuſer légitimement une contribution à laquelle ils ſe ſont eux-mêmes engagez, ni le Maître du Détroit rehauſſer la doüane à ſa fantaiſie. (c) Mais on ne laiſſe pas de pouvoir raiſonnablement examiner en quelles circonſtances ceux qui ont beſoin du paſſage ſe ſont déterminez à traiter avec le Maître du Détroit, & ſi celui-ci étoit en droit de le leur refuſer juſqu'à ce qu'ils en vinſſent où il vouloit. Que ſi un autre Etat a des terres vis-à-vis ſur le Détroit, enſorte que le Détroit appartienne en commun aux deux Princes dont il baigne les côtes, ou que la juriſdiction de chacun s'étende juſqu'au milieu du Canal; quoique l'un d'eux, ou par un Traité, ou en vertu d'une conceſſion tacite, léve ſeul le péage ſur les marchandiſes étrangeres, l'autre ne ſera point obligé de payer pour les ſiennes, puiſqu'il fait voile dans une Mer qui eſt de ſa dépendance (10).

(c) Voyez *Boëcler.* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. II. §. 14. pag. 75. *& ſeqq.*

*Si l'on doit toûjours indiſpenſablement permettre aux Etrangers d'aborder ſur nos côtes?*

§. VIII. Une autre choſe que Grotius (a) met au nombre des offices d'une utilité innocente, & que l'on ne doit par conſéquent refuſer à perſonne, c'eſt de permettre à ceux qui paſſent, *d'aborder & de reſter quelque tems ſur nos terres*, ſoit pour rétablir leur ſanté, ſoit pour faire de l'eau, ou pour quelque autre ſujet légitime. C'eſt là-deſſus qu'eſt fondée la plainte qu'un Poëte Latin met dans la bouche d'*Ilio-*

(a) Liv. II. Chap. II. §. 15.

(7) Mais nôtre Auteur lui-même rapportant ci-deſſus (Liv. II. Chap. VI. §. 8.) ce même exemple, dit après les Interprétes du Droit Romain, qu'on eſt obligé d'accorder le paſſage, *du moins moyennant quelque redevance.* Je laiſſe à penſer maintenant ſi les conſéquences qu'il tire en faveur du Prince qui ſe trouve dans les circonſtances où il le ſuppoſe, ſont bien fondées, & ſi ce Prince a droit d'en venir à des voyes de fait pour obliger le Maître du Détroit à lui laiſſer paſſer ſes marchandiſes franches du péage que les autres Peuples ne font pas difficulté de payer.

(8) Nôtre Auteur rapportoit ici, *pour illuſtrer*, comme il le dit, *en quelque maniere ſon ſujet*, ce que l'on raconte d'un certain Roi des *Habiſſins*, qui voulut exiger un impôt des *Egyptiens*, ſous prétexte que le *Nil*, qui rend l'*Egypte* fertile, a ſa ſource dans l'*Habiſſinie.* Les *Turcs* s'étant enſuite rendus maîtres de ce Païs, & y ayant maltraité les Chrétiens, le même Roi tenta, mais en vain, de détourner le cours du Nil, & de le faire décharger dans la *Mer Rouge.* Nôtre Auteur trouve avec raiſon les prétentions de ce Prince mal-fondées; mais je ne vois pas quel rapport elles ont avec le péage que le Maître d'un Détroit léve ſur les marchandiſes qui paſſent.

(9) Nôtre Auteur alleguoit ici l'exemple d'un Sultan d'*Egypte*, qui ſtipula de l'Empereur de *Conſtantinople*, qu'il laiſſât paſſer librement les Marchands *Egyptiens* par le *Canal de la Mer Noire.* Comme cela ne parut pas d'abord de grande conſequence à l'Empereur, il accorda aiſément la demande du Sultan. Mais lorſque l'experience eût fait voir combien cette permiſſion étoit conſidérable, il ne fut plus tems d'y remedier, une longue coûtume ayant ſi bien affermi le commerce des Marchands *Egyptiens*, qu'il n'y avoit plus moyen de l'empêcher. Voyez *Nicephor. Gregoras*, Lib. IV. page 48. *Edit. Colon.* 1616.

(10) Mais nôtre Auteur lui-même reconnoit ailleurs (Liv. IV. Chap. V. §. 8.) que ſi quelqu'un s'étant établi le premier ſur un des côtez du Détroit, a d'abord pris poſſeſſion de tout le Détroit, celui qui vient enſuite habiter de l'autre côté, n'eſt maître que de ſes ports & de ſon rivage. Ainſi en ce cas-là le premier occupant a droit d'exiger le péage des Vaiſſeaux de l'autre: tout de même que ſi celui-ci étoit en-deçà ou au-delà du Détroit; à moins qu'il ne l'en ait diſpenſé par quelque Convention.

*née*, parlant au nom des autres *Troyens* que la tempête avoit jetté ſur les côtes de *Corthage* : (1) *Quelle ſorte de gens ſont ceux-ci ? Y eut-il jamais de Climat ſi barbare, & où l'on ſouffrit une maniere d'agir ſi inhumaine ? On ne veut pas même que le ſable nous ſerve de retraite, on prend les armes pour nous chaſſer, & pour nous empecher d'aborder, après une furieuſe tempete, au premier rivage que le hazard nous préſente. Si vous mépriſez les Hommes, & ſi vous ne craignez pas les effets de leur vengeance, redoutez du moins la colere des Dieux protecteurs de l'Equité, & vengeurs de l'Injuſtice.* Mais il faut bien remarquer qu'il avoit dit auparavant : (2) *Nous ne venons pas en Ennemis ſaccager vos maiſons, ou vous piller.* D'où il paroît, que, pour être indiſpenſablement tenu de laiſſer aborder les Etrangers qui nous en demandent la permiſſion, il faut que l'on n'ait vraiſemblablement à apprehender aucune ſuite fâcheuſe de leur entrée dans le Païs. Et rien n'eſt plus raiſonnable que la réponſe de *Didon* au Troyen ; (3) *Le malheur de mes affaires, & la nouveauté de mon regne encore peu affermi, me mettent dans la néceſſité d'agir avec tant de rigueur, & de faire garder ſoigneuſement toutes les avenuës de mon Royaume.* Ainſi avant que de donner entrée aux Etrangers, il eſt juſte de s'aſſurer s'ils ſont amis ou ennemis, & de bien examiner pour cet effet quelle mine a la Flotte ou la Troupe qui veut aborder. Il faut voir encore ſi ces gens-là ne ſont point infectez de quelque Maladie contagieuſe, capable de déſoler le Païs (b). Mais lorſqu'aucune raiſon de cette nature ne nous oblige à nous tenir ſur nos gardes, il y auroit une ſouveraine inhumanité à ne pas permettre que des Etrangers, dont le paſſage ne nous eſt onéreux ni nuiſible en aucune maniere, ſe rafraîchiſſent ſur nos Côtes. Par la même raiſon on ne doit pas non-plus, en ce cas-là, les empêcher de dreſſer ſur le Rivage une Cabane ou une Hutte pour le peu de tems qu'ils y veulent ſéjourner : cela ne cauſant aucun dommage à nos côtes, & ne diminuant rien d'ailleurs du droit que nous y avons. Je dis, *une Hutte pour un peu de tems*, & enſorte que l'*on ne cauſe aucun dommage* ; car il eſt raiſonnable que perſonne ne puiſſe bâtir ſur le Rivage un Edifice permanent ſans une permiſſion particuliere du (c) Souverain, (4) ſurtout ſi les autres en reçoivent de l'incommodité. En vain objecteroit-on, que divers Peuples s'engagent par un Traité exprès à (5) ſouffrir que leurs Citoyens abordent aux Rivages & aux Ports de mer les uns des autres ; & qu'ainſi on ne ſauroit regarder cette permiſſion comme un office d'Humanité preſcrit par le Droit Naturel. Car rien n'eſt plus ordinaire que de voir ordonner par les (6) Loix

(b) Voyez *Plin. Hiſt. Natur.* Lib. XXVI. Cap. I. Sect. 3. *Edit. Narduin.*

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rer. dominia*, Leg. L.

§. VIII (1) *Quod genus hoc hominum, quæve hunc tam barbara morem*
*Permittit patria ? hoſpitio prohibemur arenæ.*
*Bella cient, primaque vetant conſiſtere terra.*
*Si genus humanum & mortalia temnitis arma ;*
*At ſperate Deos memores fandi atque nefandi.*
Virg. *Æn.* I, 543. & *ſeqq.*

(2) *Non nos aut ferro Libycos populare Penates*
*Venimus, aut raptas ad litora vertere prædas.*
Ibid. verſ. 531, 532.

(3) *Res dura, & regni novitas me talia cogunt.*
*Moliri, & latè fines cuſtode tueri.*
Ibid. verſ. 567, 568.

(4) Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. NOODT, Lib. IV. Cap. I.

(5 Quelquefois au contraire, comme le remarquoit plus bas l'Auteur, on ſtipule d'un autre Peuple que ſes Citoyens ne viennent point dans nos Ports, ni ſur nos Côtes, comme cela paroît par deux Traitez faits autrefois entre les *Romains* & les *Carthaginois* : » Que les Romains, ni leurs Alliez ne feroient point » voile au-delà du Cap-beau, à moins qu'ils n'y » fuſſent jettez par la tempête, ou par un effet de la » violence de leurs Ennemis, & que ceux qui auroient » été ainſi forcez de paſſer ces limites, n'acheteroient » & ne prendroient rien que ce dont ils auroient » beſoin pour radouber leurs Vaiſſeaux, ou pour le » ſervice des Dieux. Qu'ils remettroient à la voile au » cinquieme jour. POLYB. Lib. III. Cap. 22. (page 177. *Edit. Caſaub. Francof.*) Voila pour le premier Traité. L'autre portoit, » qu'aucun *Romain* ne négocieroit en *Sardaigne* ni en *Afrique* ; qu'il n'y bâtiroit point de Ville ; qu'il n'y aborderoit pas même, » ſi ce n'eſt pour ſe pourvoir de vivres, ou pour radouber ſon Vaiſſeau ; & que s'il y étoit porté par » la tempête, il remettroit à la voile au cinquieme » jour «. *Ibid.* page 179. *Cap.* XXIV. Ceci ſe rapporte à une autre matiere. Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. III. §. 15.

(6) Voyez ci-deſſus, §. 4. & Liv. II. Chap. VI. §.

Civiles, ou ſtipuler formellement (7) par des Conventions, bien des choſes qui étoient dûës d'ailleurs par un motif de quelque Vertu, qui ne produiſoit qu'une Obligation Imparfaite. Ajoutez à cela, qu'il s'agit ici principalement du cas où l'on ſe trouve, lorſque par l'effet d'une force majeure on eſt porté contre ſon intention ſur une Côte étrangere : au lieu que les Traitez des Princes ſur ce ſujet regardent la permiſſion d'aller & de venir continuellement. Ainſi rien n'empêche que dans le dernier cas on n'exige une modique contribution : mais dans le premier il y auroit une ſordide meſquinerie à prétendre la moindre redevance, ſous prétexte d'un ſecours auſſi peu conſidérable en lui-même que celui qu'on procure alors aux Malheureux.

De l'*Hoſpitalité.* Réfutation des raiſons de *Victoria* pour prouver que les *Eſpagnols* ont eu droit de ſubjuguer les *Indiens.*

§. IX. On regarde encore comme un office d'Humanité, de recevoir honnêtement les Etrangers, & de loger les Voyageurs. Chacun ſçait que bien des gens, parmi les Anciens, ſe faiſoient honneur, preſque juſqu'à l'excès, de l'obſervation de ce devoir, & que les droits de l'*Hoſpitalité* formoient entre ceux qui la pratiquoient les uns envers les autres une liaiſon & une amitié qui paſſoit dans leur eſprit pour la plus ſacrée & la plus inviolable (1). Mais pour être obligé par les maximes de la Loi Naturelle à rendre un tel ſervice, il faut, 1. Que celui qui le demande ſoit hors de chez lui pour quelque raiſon de néceſſité, ou du moins pour un ſujet innocent. 2. Qu'il paroiſſe honnête homme, & qu'on n'ait pas lieu de craindre qu'il cauſe quelque dommage ou quelque deshonneur à nôtre Maiſon. 3. Enfin qu'il ne trouve pas ailleurs à loger pour ſon argent. Ainſi cet acte d'humanité étoit plus néceſſaire & plus indiſpenſable, lorſque les Hôtelleries publiques n'étoient pas encore en uſage, ou qu'elles paſſoient pour de vils logis, indignes d'Honnêtes-gens ; qu'aujourd'hui qu'on en trouve preſque partout, dans la plûpart des païs de l'*Europe*, de commodes & de belles.

Cependant, quoique l'on décrie beaucoup le manque d'hoſpitalité, comme une preuve certaine d'une inhumanité barbare, il y a quelque lieu de douter, ſi l'on eſt tenu par le Droit Naturel de recevoir & de loger indifféremment toute ſorte d'Etrangers, ſurtout ceux qui voyagent par pure curioſité. Les *Lacédémoniens* ne permettoient à aucun Etranger de ſéjourner ni de voyager dans leur Païs, (2) de-peur que leurs mœurs ne s'abâtardiſſent & ne ſe corrompiſſent par le commerce des autrres Peuples (a), & ils croyoient cette raiſon ſuffiſante pour juſtifier un tel procédé. D'autres diſent pourtant là-deſſus : Que les Coûtumes des Etrangers ne ſont pas toûjours

(a) *Neuhoff* rapporte à-peu-près la même choſe des *Chinois*, dans ſa Deſcription générale de la *Chine*, Cap. I.

5. où l'on trouve des exemples de ces Obligations imparfaites qui deviennent parfaites par la détermination du Legiſlateur qui en preſcrit les effets.

(7) Voyez ci-deſſous, Liv IV. Chap. II.

§. IX. (1) Dans Tite Live, Lib. XLI. Cap. XXIV. l'ordonnance des *Achéens*, par laquelle ils défendoient de recevoir dans leur Païs aucun *Macédonien*, eſt appellée *une exécrable violation des Droits de l'humanité. Cur execrabilis iſta nobis ſolis velut deſerto juris humani eſt ?* Voyez Homere, Odyſſ. Lib VI. verſ. 207, 208. & Lib. VIII. verſ. 546. Platon, dans ſes *Loix*, Lib. XII. pag. 989. & ſeqq. *Edit. Wech. Ficin.* ( page 953. Tom. II. *Edit. H. Steph.* ) Aristote, *Magn. Moral.* Lib. II. Cap XI. page 190. E. *Edit. Pariſ.* Philon, dans la *Vie de Moyſe*, page 608. A. *Edit Pariſ.* (472. B. Edit. Gen.) Diodore de Sicile, Lib. II. Cap XLII. Elien, Var. Hiſt. Lib IV. Cap. I. Lucien, de la Déeſſe Syr page 660 *in fin* Tome II. *Edit. Amſt.* Plutarch. *in Convivio*; page 151. A. *Edit. Wech.* Helmold. *Chronic. Slavor.* Lib. I. Cap. LXXXI. *Lex Burgund.* Tit. XXX. §. 1. A ces Autoritez que nôtre Auteur citoit ici, & un peu plus bas, on peut ajoûter ce que dit Ciceron, *De Offic.* Lib. III. Cap. XI. vers le commencement, avec la note de GræviUS. Voyez encore le Commentaire de Mr. Le Clerc ſur *Exode*, XXII, 21. & la *Note* 1. de Mr. Perizonius ſur Elien, V. H. Lib. IV. Cap. I. comme auſſi Simplicius ſur Epictete, Cap. XXXVII. pag. 210. *Edit. Lugd. Bat.* 1640.

(2) Par la même raiſon, *Lycurgue* avoit auſſi défendu aux *Lacédémoniens* de voyager hors de leur païs. Ἀποδημεῖν δὲ οὐκ ἐξῆν αὐτοῖς, ἵνα μὴ ξενικῶν ἐθῶν καὶ βίων ἀπαιδεύτων μετάσχωσι. καὶ ξενηλασίας δὲ εἰσηγήσατο· ὅπως οἱ παρεισρέοντες μὴ διδάσκαλοι κακοῦ τινος τοῖς πολίταις ὑπάρχωσι. Plutarch. Inſt. Lacon. page 238. Tome II. *Edit. Wech.* Voyez l'*Archæologia Græca* de Mr. *Potter*, Lib. IV. Cap. XXI.

moins raiſonnables que les nôtres : Que, ſi l'on trouve parmi eux quelque choſe de meilleur, il ſeroit ridicule de le mépriſer & de le condamner par cette ſeule raiſon qu'il n'eſt pas conforme à nôtre uſage ou à nos idées : Qu'il n'appartient qu'à des Chiens de careſſer le moindre Domeſtique de la Maiſon, & de ſe jetter ſur tous les Etrangers, ſans épargner les perſonnes d'un mérite le plus diſtingué : Que ceux qui n'ont jamais mis le pié hors de leur Patrie, conſervent toûjours quelque choſe de groſſier & de ſauvage.

Pour moi, il me paroît inconteſtable, que ſi un Peuple reçoit & traite civilement les Etrangers, ceux-ci ne ſauroient honnêtement refuſer la même courtoiſie à ſes Citoyens ; comme au contraire il faudroit être bien impudent pour prétendre que ceux à qui on défend l'entrée de ſon propre Païs, nous fiſſent un accueil favorable dans le leur. Mais ſuppoſé qu'on ne ſe ſoucie point de voyager hors de chez ſoi, je ne vois pas en vertu dequoi on ſeroit tenu de recevoir les Etrangers qui viennent, ſans que la néceſſité, ou quelque ſujet important les y amène. Perſonne ne ſe croit dans l'obligation de laiſſer voir indifféremment à tout le monde les raretez de ſa Maiſon ou de ſon Jardin, & lorſque l'on permet à quelqu'un de ſatisfaire là-deſſus ſa curioſité, on prétend d'ordinaire qu'il nous en ſçache gré comme d'une faveur qu'on lui fait. Ajoûtez à cela, qu'il peut y avoir des raiſons de Politique, fondées ſur de juſtes ſoupçons, qui ne nous permettent pas de laiſſer prendre connoiſſance de nos affaires à des ſpectateurs trop curieux.

C'eſt ſur ce principe que bien des gens n'approuvent pas les preuves dont ſe ſert un (b) Théologien Eſpagnol, pour montrer que ceux de ſa Nation ont eu droit de ſubjuguer les *Indiens*. (3) Il fonde le premier titre ſur la ſocieté & le commerce que les Hommes ſont naturellement obligez d'entretenir les uns avec les autres, & il forme là-deſſus les propoſitions ſuivantes. 1. *Les Eſpagnols*, dit-il, *ont droit d'aller dans ces Païs-là, & d'y demeurer, enſorte que perſonne ne ſauroit légitimement s'y oppoſer, pourvû qu'ils ne cauſent aucun dommage aux Barbares.* Mais la communication qu'il doit y avoir naturellement entre les Hommes, n'empêche pas qu'un Proprietaire ne puiſſe accorder ou ne pas accorder aux autres, comme il le juge à propos, l'uſage de ce qui lui appartient. De-plus, c'eſt outrer beaucoup les choſes que de donner à tous les Etrangers un droit ſi illimité de voyager & de demeurer dans un autre Païs, qu'il ne ſoit pas permis au Souverain de ce Païs-là d'examiner en quel nombre ou à quel deſſein ils viennent ; & ſi, ſuppoſé même qu'ils ne faſſent aucun mal en allant par le Païs, ils veulent y reſter ſeulement quelque tems, ou s'y établir pour toûjours. Aſſigner des logemens ſur ce pié-là, c'eſt agir ſans contredit en Fourrier un peu trop rude. 2. *Les Eſpagnols*, ajoûte-t-on, *ont droit de négocier avec les Barbares, enſorte que ni les uns ni les autres ne peuvent légitimement en être empêchez par leurs Souverains.* Mais ceux qui ſe flattent de raiſonner avec plus d'exactitude & de déſintéreſſement, ne ſauroient comprendre ſur quoi eſt fondée cette prétendue liberté du commerce, ſi illimitée & ſi inviolable, que le Souverain même n'y puiſſe mettre aucunes bornes par rapport à ſes propres Sujets, lorſque le bien de l'Etat le demande : moins encore voyent-ils en vertu de quoi un Peuple ſeroit tenu de négocier, bon gré malgré qu'il en eût, avec tout Etranger qui y trouveroit ſon compte. 3. Enfin, dit-on, *s'il y a parmi les Barbares des choſes permiſes en commun aux Habitans du Païs & aux Etran-*

(b) *Franciſc. à Victoria*, Prælect. *De Indis*, Relect. V. Sect. III. Voyez *Ziegler* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. II. §. 23.

(3) Ziegler a examiné plus au long ces raiſons, & autres, du Juriſconſulte Eſpagnol, dans ſon Traité *De juribus Majeſtatis*, Lib. I. Cap. XXXIII. §. 54, & *ſeqq.*

*gers, les Barbares n'ont pas droit d'en exclure les Eſpagnols. Par exemple, s'il eſt permis aux autres de fouiller les Mines d'or, cela doit être auſſi permis aux Eſpagnols.* (4) Mais il y a des gens qui ſoûtiennent, qu'il faut diſtinguer ſi cette permiſſion a été accordée comme une choſe dûë, ou ſeulement par pure faveur. Car à l'égard des choſes auſquelles perſonne n'a un droit parfait, on peut ſans contredit exercer ſa libéralité envers l'un plûtôt qu'envers l'autre. De-plus, il faut examiner ſi ceux qui veulent avoir part à la même faveur que d'autres, qui avec nôtre agrément ſe ſont ſervis de nôtre bien ſans nous incommoder, en uſeront avec autant de retenue, & s'ils ne ſe propoſent pas quelque fin bien différente. Suppoſons, par exemple, que j'aye permis à un de mes Voiſins de ſe promener, tant qu'il lui plaira, dans mon Jardin, & d'y cueillir quelque peu de fruits: ſi après cela il en vient un autre à deſſein d'arracher les Arbres, & de me chaſſer du Jardin pour s'en mettre lui-même en poſſeſſion, il me ſera, je penſe, permis de lui fermer la porte (c). Mais nous laiſſons à d'autres le ſoin de décider cette queſtion.

Pour revenir à notre ſujet, la plûpart des Moraliſtes croyent, que le plus ſûr eſt de dire, que chaque Etat a droit de juger s'il lui eſt avantageux, ou non, de permettre l'entrée aux Etrangers qui ne ſont pas amenez dans ſon Pays par la néceſſité, ou par quelque raiſon qui mérite qu'on ait compaſſion d'eux; &, ſelon cela, de les recevoir, ou non. Il y auroit pourtant de l'inhumanité & de la barbarie à maltraiter ceux qui viennent dans notre Pays (d) ſans y commettre aucun déſordre. Pour ce qui regarde les Ambaſſadeurs, l'obligation où l'on eſt de les recevoir, (5) eſt fondée ſur des principes particuliers.

Mais ſi l'on a une fois donné entrée aux Etrangers, on ne ſauroit après cela les chaſſer ſans en agir avec eux inhumainement & ſans leur faire outrage: (e) à moins qu'il n'arrive quelque choſe qui nous en fourniſſe un ſujet plauſible. Il y en a même qui ſoûtiennent que la Famine ſurvenue dans le Pays (f) n'eſt pas une raiſon ſuffiſante pour autoriſer à en venir à cette extrêmité contre des gens que l'on a bien voulu recevoir. J'avoue que l'on doit alors partager avec eux le malheur commun, ſi l'on a en main des moyens, un peu durs à la verité, mais au fond capables de nous ſauver les uns & les autres, & ſi ces gens-là nous ont été utiles ou peuvent l'être à l'avenir: Car c'eſt de ceux qui ſont dans un tel cas que parle proprement St. Ambroise. Mais ſi l'on n'eſt dans aucune obligation par rapport aux Etrangers, & qu'ils ne ſe trouvent pas inévitablement réduits à périr auſſi-tôt qu'on les aura fait ſortir du Pays, je ne vois pas en vertu dequoi l'on devroit, pour l'amour d'eux, ſouffrir une extrême diſette dont on peut ſe délivrer en les congédiant (g).

*Si l'on doit permettre aux Etrangers de s'établir dans notre Pays?*

§. X. L'Humanité veut auſſi, ſelon (a) Grotius, que l'on accorde une demeure fixe à des Etrangers, qui étant chaſſez de leur Pays cherchent ailleurs quelque retraite; bien entendu qu'ils ſe ſoûmettent aux Loix de l'Etat dans les terres duquel ils veulent s'établir, & qu'ils ſe conduiſent d'ailleurs de telle maniere qu'on n'ait à craindre de leur part ni ſédition ni troubles (1). C'eſt ainſi que Virgile introduit *Enée* propoſant, entr'autres choſes, aux *Latins* cet article de la paix qu'il vouloit faire

(c) Voyez la réponſe que firent aux *Eſpagnols* quelques *Indiens* de l'*Amerique*, dans les *Eſſais de Montagne*, L. III. Chap. VI. T. IV. p. 153. *Edit. de la Haye* 1727.

(d) Voyez *Diodore de Sicile*, Lib. I. Cap. LXVII. pag. 43. *Edit. H. Steph.*

(e) Voyez *T. Liv.* L. II. C. XXXVII, XXXVIII.

(f) *Ambroſius De Offic.* Lib. III. Cap. VII. *Grotius*, Liv. II. Chap. II. §. 19.

(g) Voyez *Sueton. Auguſt. Cap. XLII.* & *Boëcler* ſur l'endroit de *Grotius* qui vient d'être cité.

(a) Liv. II. Chap. II. §. 16, 17.

(4) Joignez ici ce que nôtre Auteur dira plus bas, §. 14.

(5) Voyez ce que l'on a dit ci-deſſus, Livre II. Chap. III. §. 23. & ce que je dirai ſur Livre VIII. Chap. IX. §. XII. *Note* 1.

§. X. (1) Χρὴ δὲ ξένον μὲν πάρτα προσχωρεῖν πόλει.

Euripid. *in Medea*, verſ. 222.

„Il faut qu'un Etranger ſe ſoumette exactement aux
„Loix de l'Etat ſous la protection duquel il vit.

avec eux : (2) *Le Roi* Latinus, dit-il , *devenus alors mon beaupere , conſervera toûjours l'Autorité Souveraine & en paix , & en guerre. Il me ſuffit que les* Troyens *me bâtiſſent une Ville qui portera le nom de* Lavinie.

J'avoue qu'il y auroit de l'inhumanité à refuſer de donner retraite à un petit nombre de gens qui ne ſont pas bannis de leur Patrie pour quelque crime, ſurtout s'ils ont de l'induſtrie, ou du bien , & qu'ils ne viennent point troubler la Religion ni les Loix du Pays. La bonne Politique veut auſſi que, tant qu'on le peut ſans aucun inconvénient , on faſſe un bon accueil aux Etrangers. L'expérience fait voir , que pluſieurs Etats (3) ſe ſont par-là extrêmement aggrandis ; au lieu que ceux qui ont éloigné ou chaſſé les Etrangers, ſont devenus foibles & pauvres avec le tems. Mais je ne ſçai ſi perſonne voudroit ſoûtenir, que l'on ſoit tenu indiſpenſablement de recevoir une grande multitude d'Etrangers , ſurtout ſi ce ſont des gens belliqueux & qui viennent les armes à la main , étant preſque impoſſible que les anciens Habitans n'ayent quelque choſe à craindre de la part d'une telle Colonie. Chaque Etat doit donc ſe régler ici ſur ce que ſon propre intérêt lui permet de faire en faveur des Etrangers ; c'eſt-à-dire, qu'il faut bien examiner avant toutes choſes, s'il eſt avantageux que le nombre des Habitans s'augmente beaucoup ; ſi le Pays eſt aſſez fertile pour les nourrir tous commodément ; s'il y a aſſez de place pour loger les nouveaux Habitans , enſorte que les anciens ne ſe trouvent pas trop à l'étroit ; ſi ceux qui demandent à s'établir ſont des gens induſtrieux & laborieux, ou ſi ce ſont des fainéans & des bouches inutiles ; ſi on peut les placer enſorte que l'Etat n'ait rien à appréhender de leur part, &c. Certainement lorſque des Etrangers ſont chaſſez de leur Patrie pour un ſujet qui les rend dignes de compaſſion , & que leur établiſſement dans notre Pays n'eſt point contraire au bien de l'Etat , l'Humanité veut qu'on leur accorde une grace qui en ce cas-là n'eſt ni périlleuſe ni trop onéreuſe. Mais perſonne ne ſauroit blâmer ceux qui ne pouſſent pas ſi loin leur compaſſion pour les Malheureux , que de s'expoſer à devenir bien-tôt eux-mêmes l'objet de celle d'autrui. Au reſte, comme tout ce que l'on accorde alors aux Etrangers eſt un bienfait dont on peut prétendre par conſéquent qu'ils nous ſçachent gré, il s'enſuit qu'ils n'ont aucun droit de prendre d'eux-mêmes les choſes qui leur agréent, ni de s'emparer de leur pure autorité des terres vacantes qu'ils trouvent dans le Pays ; mais qu'ils doivent au contraire ſe contenter de ce qu'on leur aſſignera (b).

(b) Voyez *Boëcler*, ſur l'endroit de *Grotius*, qui a été cité.

Pour éclaircir cette matiere , il ne ſera pas hors de propos d'alléguer ici quelques exemples. Dans l'*Enéide* de Virgile, le Roi *Latinus* fait cette propoſition aux *Troyens* : (4) *J'ai*, dit-il , *près du* Tibre, *des terres anciennes , qui s'étendent en longueur vers le Couchant , au-delà du pays des* Sicaniens. *Elles ſont cultivées par des* Auronciens *& des* Rutuliens , *qui en labourent les dures collines , & mênent paître leur Bétail dans les endroits les moins fertiles. Pour vivre en paix & en amitié avec les*

(2) —— *Socer arma* Latinus *habeto ;*
*Imperium ſolemne ſocer : mihi mœnia Teucri*
*Conſtituent , urbique dabit Lavinia nomen.*
Æneïd. Lib. XII. verſ. 192. *& ſeqq.*

(3) Voyez le *Parrhaſiana* de Mr. Le Clerc , Tit. I. page 265 , & ſuiv. & la Diſſertation *de conſcribendo milite* , §. 18. parmi les *Selecta J. N. & Gent.* de Mr. Buddeus.

(4) *Eſt antiquus ager Tuſco mihi proximus amni ,*
*Longus in occaſum , fines ſuper uſque Sicanos :*
*Aurunci Rutulique ſerunt , & vomere duros*
*Exercent colles , atque horum aſperrima paſcunt.*
*Hæc omnis regio , & celſi plaga pinea montis ,*
*Cedat amicitiæ Teucrorum : & fœderis æquas*
*Dicamus leges , ſocioſque in regna vocemus.*
*Conſidant , ſi tantus amor , & mœnia condant.*
Æneïd. XI , 316. & ſeqq.

(5) Παρελθόν

*les* Troyens, *donnons-leur toute cette contrée, avec une partie de la montagne voiſine, qui eſt couverte de Pins; traitons avec eux ſous des conditions égales, & comme avec des Alliez libres & indépendans. Qu'ils s'établiſſent là s'ils veulent, & qu'ils y bâtiſſent des Villes.* Surquoi SERVIUS dit, après (c) *Caton*, que cette Campagne avoit ſept cens arpens d'étendue. Et de-peur qu'on ne s'imaginât que *Latinus* faiſoit des libéralitez du bien d'autrui, il remarque, qu'il falloit que cette Campagne fût tributaire de ce Prince, ou qu'il l'eût comme baillée à ferme aux *Aurunciens* & aux *Rutuliens*. DENYS D'HALICARNASSE (d) raconte la choſe plus au long. Les *Troyens*, dit-il, ſçachant par des prédictions infaillibles, que les Deſtinées leur aſſuroient une demeure fixe en *Italie*, ſe mirent d'abord à bâtir une nouvelle Ville, ſans en demander la permiſſion au Souverain du Pays, & à enlever pour cet effet aux Païſans leur fer, leur bois, & leurs Outils de campagne. *Latinus* en étant irrité, marcha contre ces Etrangers avec ſon Armée; mais avant que d'en venir aux mains, il ſe plaignit à *Enée* de ce qu'au lieu de s'adreſſer paiſiblement & honnêtement aux Habitans du pays, qui lui auroient accordez avec plaiſir toutes les propoſitions raiſonnables qu'il leur auroit faites, il avoit mieux aimé *enfraindre* (5) *le Droit de Gens*, en uſant d'une injuſte & deshonnête violence. *Enée* reconnoiſſant alors la juſtice de ce reproche, pria le Roi *Latinus* de lui pardonner le paſſé, lui promettant de réparer à l'avenir, par un grand nombre de ſervices, l'irrégularité de ſon procedé, & lui offrant pour cet effet ſon ſecours contre les Ennemis qu'il pourroit avoir. Après quoi les *Aborigénes* ayant aſſigné des terres aux *Troyens*, ceux-ci les aſſiſterent dans la Guerre contre les *Rutuliens*. Long-tems après, les *Cimbres*, & quelques autres Peuples, prierent le *Sénat Romain* de faire enſorte (6) *que le Peuple Romain leur donnât quelques terres comme une eſpece de ſolde, moyennant quoi il diſpoſeroit, comme il lui plairoit, de leur bras & de leurs armes. Mais*, dit là-deſſus un Hiſtorien, *le moyen qu'ils obtinſſent une pareille demande d'un Peuple qui* (7) *devoit un jour exciter dans ſon propre ſein des Guerres Civiles pour la diviſion de ſes terres?* D'ailleurs, comment auroit-on pû donner le bien d'autrui ſans faire tort aux Proprietaires? Et n'étoit-ce pas une choſe bien périlleuſe, que de recevoir un Peuple ſi guerrier & ſi nombreux, mais en même tems ſi pauvre, dans un Pays où il y avoit tant de choſes capables de le tenter? Les *Tenctériens* & les *Uſipétes* diſoient depuis à CÉSAR (8) *qu'ils n'étoient pas ſortis de leur Pays volontairement, mais qu'ils en avoient été chaſſez: Que, ſi* les Romains *vouloient être bons amis avec eux, ils ne leur ſeroient peut-être pas inutiles: Qu'ils leur aſſignaſſent eux-mêmes pour demeure les terres qu'ils jugeroient à propos, ou qu'ils les laiſſaſſent joüir de celles qu'ils avoient conquiſes.* Surquoi *Céſar* répondit: *Qu'il n'étoit pas juſte qu'ils envahiſſent le bien d'autrui, après n'avoir pû défendre le leur: Qu'il n'y avoit point de terres vacantes dans la* Gaule, *principalement pour une ſi grande multitude.* Outre que *Céſar*, pour une autre raiſon, ne vou-

(c) Lib. *de Origi-nib.*

(d) Lib. I. Cap. LVI. *& ſeqq.*

(5) Παρελθὼν τὴν ἁπάντων ἀνθρώπων δικαίωσιν, le Droit commun de tous les hommes. *Cap.* LVIII. pag. 46. Tome I. *Edit. Oxon.*

(6) *Cimbri, Theutoni, atque Tigurini ...... miſere Legatos ... ad Senatum; petentes, ut Martius Populus aliquid ſibi terræ daret, quaſi ſtipendium; ceterum, ut vellet, manibus atque armis ſuis uteretur. Sed quas daret terras Populus Romanus, agrariis Legibus intra ſe dimicaturus?* FLORUS, Lib. III. Cap. III. *init.*

(7) Cela étoit déja arrivé alors. Voyez la Note de GRÆVIUS.

(8) *Veniſſe invitos, ejectos domo. Si ſuam gratiam Romani velint, poſſe ei utiles eſſe amicos: vel ſibi agros attribuant, vel patiantur eos tenere, quos armis poſſederint*, CÆSAR, *Comment. De Bello Gall.* Lib. IV. Cap. VII. *Ad hæc* Cæſar *reſpondit. ... neque verum eſſe, qui ſuos fines tueri non potuerint, alienos occupare: neque ullos in Gallia vacare agros, qui dari tantæ præſertim multitudini ſine injuria poſſint.* Ibid. Cap. VIII.

loit pas avoir pour voiſin de telles gens. Mais les *Anſibariens* ne raiſonnoient pas trop mal, lorſqu'ayant été chaſſez de leur Pays, ils ſe furent emparez de quelques terres incultes ſituées au-delà du *Rhein* : (9) *Il n'y a*, diſoient-ils, *qu'une petite partie de cette contrée, où l'on envoye quelquefois les troupeaux des Soldats. Gardez, ſi vous voulez, ce coin-là pour ſervir de retraite à votre Bétail, pendant que des Hommes, qui pourroient y trouver le moyen de ſubſiſter, meurent de faim. Mais pourquoi aimeriez-vous mieux voir tout le reſte demeurer toûjours un vaſte déſert, que de le laiſſer habiter par des Peuples qui ſeront vos amis ? . . . . La Terre eſt le partage des Hommes, comme le Ciel le domicile des Dieux ; & ce qui n'eſt poſſedé de perſonne, appartient à tout le monde* (e). De tels reproches ne méritoient pas une réponſe auſſi bruſque que celle d'*Avitus*, dans laquelle on voit d'ailleurs une arrogance inſupportable : *Il faut* diſoit ce Gouverneur Romain, *prendre la loi du plus fort. Ces Dieux même, dont vous implorez la protection, ont choiſi les Romains pour être les arbitres de l'Univers, & pour donner ou ôter aux autres ce qu'il leur plairoit, ſans reconnoître eux-mêmes d'autre Tribunal que celui du Ciel.* L'Empereur *Probus* (f) plaça cent mille *Baſtarnes* dans les terres de l'Empire, & ils lui demeurerent tous fideles. Mais ayant voulu faire le même accueil à un grand nombre de gens de quelques autres Nations, comme des *Gépidiens*, des *Grauthungiens* & des *Vandales*, ceux-ci ſe rébellerent tous, & pendant que *Probus* étoit occupé aux Guerres contre les (10) *Tyrans*, ils coururent preſque tout le monde, & par mer & par terre, commettant de grands déſordres. Les *Goths* (g) ayant abandonné leur Pays, dans la crainte qu'ils eurent des *Huns*, prierent l'Empereur *Valens* de les laiſſer établir dans la *Thrace* au-deçà du *Danube*, lui promettant de ſe tenir en repos, & de lui donner du ſecours dans l'occaſion. Quelques autres Barbares étant venus depuis, *Valens* leur accorda la même choſe, dans l'eſpérance d'avoir par ce moyen de bonnes Troupes, ſans qu'il lui en coutât beaucoup. Mais, comme il paroît par l'Hiſtoire, cela ſervit enſuite à le perdre lui-même (h).

(e) Voyez l'*Utopie* de *Thom. Morus*, Lib. II. pag. 105. *Edit. Colon.* 1555.

(f) *Flavius Vopiſcus* in *Probo*, Cap. XVIII.

(g) *Ammian. Marcellin.* Lib. XXXI. Cap. IV.

(h) Voyez ce qui ſuit dans *Amm. Marcell.* & *Socrat. Hiſt. Eccleſ.* Lib. IV. Cap. 28. (ou 34. *Edit. Valeſ.*)

Si l'on eſt obligé de *vendre aux autres les choſes dont ils ont beſoin ?*

§. XI. Grotius (a) rapporte encore aux Devoirs de l'Humanité, *la permiſſion qu'il faut*, ſelon lui, *accorder aux autres, de ſe pourvoir dans notre Pays*, ou pour de l'argent, ou par leur travail & leur induſtrie, ou par échange, ou par quelque autre Contract licite, *des choſes qui contribuent à rendre la Vie plus commode* ; enſorte qu'on ne l'empêche, ni par les Loix, ni par des complots illicites, ni par aucun monopole. En effet, outre que tous les Peuples en general retirent de grands avantages du Commerce, (b) qui ſupplée, pour ainſi dire, à l'inégale fertilité de la Terre, & (1) qui fait que ce qu'elle produit ſeulement en certains endroits, ſemble croître partout :

(a) Liv. II. Chap. II. §. 18, 19.

(b) Voyez *Libanius*, Orat. III.

(9) *Quoram partem campi jacere, in quam pecora & armenta militum aliquando transmitterentur ? Servarent ſanè receptus gregibus inter hominum famem ; modo ne vaſtitatem & ſolitudinem mallent, quam amicos populos.... Sicut cœlum Diis, ita terras generi mortalium datas : quæque vacua, eas publicas eſſe.......* Avitus, *patienda meliorum imperia. Id Diis, quos implorarent, placitum, ut arbitrium penes Romanos maneret, quid darent, quid adimerent ; neque alios judices, quam ipſos* (car il faut, avec *Gronovius*, retrancher ici *ſe*) *paterentur.* Tacit. *Annal.* Lib. XIII. Cap. LV. LVI. Mais pour ce qui eſt des mots, *inter hominum famem*, je n'ai pas cru devoir ſuivre la derniere Edition de feu Mr. Gronovius, qui a remis *famam* : maniere de lire, que ſon pere à la vérité avoit voulu expliquer, mais qu'il abandonna depuis, reconnoiſſant de bonne foi qu'il falloit ſe rendre à la conjecture de Freinshemius. Voyez ſes *Obſervationes*, Lib. I. Cap. IV. pag. 47. Edit. 2. C'eſt ainſi auſſi que Ryckius a mis dans ſon Texte.

(10) On entendoit alors par *Tyrans*, ceux qui ſe révoltoient contre l'Empereur regnant, & ſe faiſoient proclamer Empereurs par leurs Soldats. Voyez Saumaise ſur les XXX. Tyrans de Trebellius Pollion.

§. XI. (1) C'eſt la penſée de Pline *le Jeune*, que l'Auteur emprunte ici : *Diverſaſque gentes ita commercio miſcuit* [ Trajanus ], *ut quod genitum eſſet uſquam, id apud omnes natum eſſe videretur.* Cap. XXIX. num. 2. *Edit. Cellar.*

ce ſeroit une grande inhumanité à un habitant de la Terre, que de refuſer aux autres l'uſage des biens qui proviennent du ſein de leur Mere commune; tant que cela ne donne aucune atteinte au droit particulier qu'il peut avoir acquis ſur quelqu'une de ces choſes. Ainſi les *Athéniens* ayant autrefois défendu l'entrée de leurs Marchez & de leurs ports aux Citoyens de *Mégare*, ceux-ci s'en plaignirent comme d'une extrême dureté, par laquelle *on violoit envers eux le Droit des Gens* (2).

Il y a pourtant ici bien des reſtrictions à apporter. Et dabord, il ſemble que l'on ne ſoit dans aucune obligation de faire part aux autres des choſes dont la Vie Humaine peut ſe paſſer, & qui ſervent uniquement au plaiſir. De-plus, lorſque l'on craint, avec quelque apparence, de manquer d'une choſe, ſoit néceſſaire, ou ſuperflue, on fait bien de la garder pour ſoi-même. Si *Joſeph*, par exemple, n'eût pas vû qu'il y avoit en *Egypte* plus de Bled qu'il n'en falloit pour la ſubſiſtance des *Egyptiens* pendant les ſept années de famine qui devoient ſe ſuivre, il auroit pû ſans contredit défendre d'en porter aux Etrangers (c) C'eſt ainſi que, par une Loi d'*Athénes*, il n'étoit permis (d) à aucun Citoyen, ſur peine de la vie, de vendre du Bled hors de l'*Attique*. S'il ſe trouve d'ailleurs qu'en fourniſſant aux autres quelqu'une des choſes qui ne ſont pas abſolument néceſſaires à la Vie, l'on ſe prive ſoi-même d'un profit conſidérable, ou que l'on coure riſque d'en recevoir du dommage, ne fut-ce qu'indirectement, on a raiſon d'interdire cette ſorte de commerce par rapport aux Etrangers. Par exemple, dans les endroits où il naît de très-beaux Chevaux (3), rien n'empêche qu'on ne défende, par ordonnance publique, de laiſſer ſortir du Pays aucun Cheval de haras; puiſque, ſi la race s'en multiplioit ailleurs, l'Etat perdroit par-là un ornement ſingulier de ſes terres, & un profit conſidérable; & que d'ailleurs, c'eſt plus pour le luxe que pour la néceſſité, qu'on recherche ces ſortes de Chevaux préférablement à d'autres, qui, pour être moins beaux, n'en ſont pas moins de bon ſervice. Dans le (4) CODE, on trouve une prohibition expreſſe, ſur peine de mort, de vendre aux Barbares, ni Vin, ni Huile, ni aucune ſorte d'Armes. Chacun voit aiſément qu'il n'auroit pas été de la prudence de fournir des Armes à ces Peuples. Mais la raiſon pourquoi on ne jugeoit pas à propos de laiſſer tranſporter chez eux du Vin, ou de l'Huile, c'étoit de-peur que tentez par l'eſpérance de conquérir les Pays où croiſſoient des choſes ſi délicieuſes, ils ne fiſſent quelque irruption dans l'Empire Romain (5). Enfin, à l'égard du tranſport des marchandiſes, un Etat peut, ſans faire tort à perſonne, favoriſer ſes Sujets plus que les Etrangers, enſorte que, par exemple, ceux-ci payent de plus grands impôts, ou que les autres ayent le droit de préférence, c'eſt-à-dire, qu'ils ſoient reçus à acheter préférablement aux Etrangers.

(c) Voyez *Quintilian.* Declam. XII. *Cap.* IV. pag. 244 *Edit. Burm.*

(d) *Lycurg. Orat. contr. Leocrat.* pag. 120. *Edit. Wech.*

(2) Αἰτιώμενοι, πάσης μὲν ἀγορᾶς, πάντων δὲ λιμένων, ὧν Ἀθηναῖοι κρατοῦσιν, εἴργεσθαι, καὶ ἀπελαύνεσθαι, παρὰ τὰ κοινὰ δίκαια, &c. PLUTARCH. Vit. Pericl. *pag.* 168. B.

(3) Le Senat Romain, comme le remarquoit plus bas l'Auteur, accorda à quelques Ambaſſadeurs des *Gaulois*, la permiſſion d'acheter dix chevaux en *Italie*, & de les emmener chez eux. *Illa petentibus data, ut denorum equorum iis commercium eſſet, educendique ex Italia poteſtas fieret.* TIT. LIV. Lib. XLIII. Cap. V. Donc cela etoit d'ailleurs défendu.

(4) *Ad Barbaricum transferendi vini, olei, & liquaminis nullam quiſquam habeat facultatem: nec guſtûs quidem cauſa, aut uſûs commerciorum. . . . . Si quis aliquod armorum genus quarumcunque Nationum Barbaris alienigenis contra pietatis noſtræ interdicta ubicunque vendiderit: bona ejus univerſa protinus fiſco addici, ipſum quoque capitalem pœnam ſubire decernimus.* Lib. IV. Tit. XLI. *Quæ res exportari non debeant.* Leg. I. II. Voyez BRISSONII *Select. antiquit. Jur. Civ.* Lib. IV. Cap. IV. & le Commentaire de Mr. NOODT ſur le DIGESTE, Tit. *De contrah. emt.* pag. 395, 396.

(5) TITE LIVE remarque, qu'*Aruns* de *Cluſium*, pour attirer les *Gaulois* en *Italie*, leur fit porter du Vin: *Invexiſſe in Galliam vinum illicienda gentis cauſa Aruntem Cluſinum.* Lib. V. Cap. XXXIII. Voyez NOMBR. XIII, 24. JUDITH, X, 18. Toutes citations de l'Auteur.

Si l'on eſt tenu *d'acheter les marchandiſes ou les denrees des autres?*

(a) Liv. II. Chap. II. §. 20. Voyez là-deſſus *Boecler.*

§. XII. MAIS, ſelon GROTIUS (a), *on n'a pas le même droit pour vendre ſes propres Marchandiſes*, que pour acheter celles d'autrui; car naturellement il eſt libre à chacun d'acquérir ou de ne pas acquérir ce que bon lui ſemble, & perſonne ne ſauroit raiſonnablement ſe plaindre de ce que les autres ſe paſſent des choſes dont il négocie. Auſſi voyons-nous qu'en pluſieurs lieux il y a eu (1) autrefois, & il y a encore aujourd'hui, des défenſes rigoureuſes de laiſſer entrer certaines ſortes de marchandiſes; & cela, ou pour éviter le dommage que l'Etat en pourroit recevoir, ou pour exciter l'induſtrie des Habitans, & pour empêcher que les Etrangers n'attirent chez eux l'Argent & les Richeſſes du Pays. Ainſi rien n'eſt plus manifeſtement faux que la maxime d'un (b) Théologien *Eſpagnol*, que nous avons déja cité: *Par le Droit des Gens*, dit-il, *il eſt permis à chacun de négocier dans les Pays Etrangers, en y portant des marchandiſes dont les Habitans manquent, & en remportant de l'Or, de l'Argent, & autres choſes dont ils abondent.* Mais ſi l'on ſe contente des denrées du crû de ſon propre Pays, en vertu dequoi les Etrangers oſeroient-ils prétendre qu'on achetât les leurs, bon gré malgré qu'on en eût? Si en quelques endroits on oblige, par exemple, chaque Chef de Famille à acheter tous les ans une certaine quantité de Sel, c'eſt une eſpece de tribut que le Souverain impoſe à ſes Sujets, avec autant de droit que quand il aſtreint ceux qui achetent volontairement une ſorte de marchandiſe, à ne la prendre que dans un certain Magazin. Car, lorſque l'intérêt de l'Etat le demande, on peut ſans injuſtice faire de tels réglemens; comme au contraire, pour prévenir une grande diſette dont on eſt menacé, ſurtout à la veille d'un Siége, ou pour diminuer la cherté des Vivres, on ordonne aux Citoyens de ſe pourvoir en ſon tems de Bled & des autres choſes néceſſaires à la Vie, duſſent-ils les aller acheter dans des lieux éloignez. Mais que l'on force quelqu'un, ſur qui l'on n'a aucune autorité, à acheter des marchandiſes dont il ne ſe ſoucie point, c'eſt ce que la Raiſon ne ſauroit approuver en aucune maniere (2). Car en vertu dequoi prétendroit-on diſpoſer ſi abſolument de la bourſe d'un autre, qui n'eſt point ſoumis à nos Loix, que de lui preſcrire ce qu'il doit dépenſer, ou à quoi il doit employer ſon argent, ou de quel endroit il doit tirer les choſes qui ſervent à ſes beſoins ou à ſes plaiſirs? Et quoique l'on perde le profit qu'on auroit fait s'il eût pris de nos marchandiſes, cela ne diminue rien de la liberté qu'il a de les acheter, ou non. Si l'on vouloit qu'il nous fît cette faveur, il falloit la mériter par quelque bon office qui l'engageât à nous témoigner par-là ſa reconnoiſſance. Il y auroit pourtant de l'inhumanité & de l'injuſtice, à empêcher un homme de vendre à d'autres, qui veulent bien négocier avec lui, des choſes dont il a abondance, pour ſe procurer par-là des choſes néceſſaires dont il manque.

(b) *Franciſc. à Victoria*, Releϲt. V. Seϲt. III. propoſ. 2. pag. 209. *Edit. Venet.* 1626.

Si l'on eſt obligé de permettre aux Etrangers *de prendre femme dans nos Etats?*

§. XIII. ON tient auſſi pour un Devoir d'Humanité, *de ſouffrir que les Etrangers*, ſurtout s'ils ſont nos voiſins, *recherchent & prennent en mariage des Citoyennes de notre Etat*, (1) lorſqu'ils manquent chez eux de Femmes; par exemple, ſi un Peuple, où il ne reſte que des Hommes, ayant été chaſſé de ſon pays, s'eſt établi dans un

§. XII (1) Voyez PLATON, de Legib. Lib. VIII. pag. 847. B. C. Tome II. *Edit. H. Steph.* (pag. 917. E. *Edit. Wech.*) CESAR, dans ſes *Mémoires*, Lib. II. Cap. XV. *De Bello Gall.* & Lib. IV. Cap. II. num. 2. Citations de l'Auteur.

(2) Voyez la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, intitulée, *de Pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, Cap. II. §. 1, 2, 5.

§. XIII. (1) C'eſt auſſi le ſentiment de BUDDEUS, dans ſa Diſſertation intitulée *Juriſprud. Hiſtoricæ Specimen*, §. 9. & *ſeqq.* parmi les *Selecta Juris Naturæ & Gentium.* Mais voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. II. §. 21. *Note* 1.

autre, ou ſi une troupe d'Hommes entreprend de bâtir une nouvelle Ville. En effet, le Célibat répugne au naturel de la plûpart des gens. Il n'appartient qu'à des perſonnes d'un eſprit au-deſſus du commun de ſe paſſer de Femme, dans un âge où les forces du Corps ſont encore en leur entier, & il y auroit de l'infamie à employer des remedes contre nature. D'ailleurs, un Peuple uniquement compoſé d'Hommes, (2) ne peut durer que l'eſpace d'une generation. C'eſt par-là que pluſieurs veulent juſtifier, ou excuſer du moins l'enlevement des *Sabines* par *Romulus* : ſurquoi les opinions ſont fort partagées. Denys d'*Halicarnaſſe* (a) dit que *Romulus* ſe propoſoit par-là de gagner l'amitié de ſes Voiſins; car quoiqu'il uſât d'abord de violence, il crut que ce mauvais commencement produiroit dans la ſuite un bon effet; parceque les Raviſſeurs trouveroient aiſément le moyen d'appaiſer leurs Femmes, en leur repréſentant la violence de l'amour qui les avoit portez à ſe ſaiſir d'elles, & de faire auſſi entendre raiſon aux Parens, en proteſtant que la néceſſité les avoit obligez à enlever leurs Filles, & qu'ils n'avoient eu nul deſſein de leur faire outrage, ni à elles, ni à eux. Mais ce n'eſt pas là un bon moyen de ſe procurer l'amitié de quelqu'un. *Segeſtes* (b), ancien Seigneur Allemand, ne ſe reconcilia pas avec *Arminius*, ſon compatriote, qui avoit enlevé ſa Fille, déja promiſe à un autre. Au contraire, la qualité de Gendre & de Beau pere, bien-loin d'être un lien de concorde, fut une nouvelle ſemence de diſſenſion, fatale à eux & à leur Pays. D'autres diſent, *Romulus* enleva les *Sabines*, pour avoir occaſion d'entrer en guerre avec ſes voiſins; ce qui n'eſt guéres vraiſemblable. D'autres ſoutiennent, que ce fut uniquement le manque de femmes, & par conſéquent la néceſſité qui l'obligea à en venir aux voyes de fait; qu'il avoit auparavant (c) fait prier par ſes Ambaſſadeurs tous les Peuples voiſins, de vouloir bien mêler leur ſang avec celui de ſes Citoyens, qui étoient hommes auſſi-bien qu'eux : Que, bien-loin d'obtenir une ſi juſte demande, les Ambaſſadeurs furent renvoyez avec des railleries injurieuſes : Que là-deſſus on prit le parti de joindre la violence à la ruſe. La coûtume d'enlever les filles étoit auſſi alors très-commune & très-ancienne, ſurtout parmi les *Grecs* (d), enſorte qu'elle paſſoit pour la plus noble maniere de contracter mariage. Mais il eſt bien rare que les Hommes ne trouvent pas quelque part des Filles qui les veuillent pour maris, à moins que ce ne ſoient des ſcélerats & des gens perdus de réputation. Ainſi lorſqu'on recherche notre amitié par une alliance qui ne peut pas nous deshonorer, il y auroit de la dureté à rejetter des propoſitions de mariage faites par des Hommes pour qui nos Filles n'ont aucune averſion. Et, quoique ce refus par lui-même ne fourniſſe pas un juſte ſujet de guerre, on a droit de s'en venger par les armes, lorſqu'il eſt accompagné d'outrage & d'inſulte, comme quand ceux de *Rhégium* répondirent à *Denys*, Tyran de *Syracuſe*, qui demandoit en mariage une de leurs Filles (e), *Qu'ils n'en avoient point d'autres à lui donner que celle du Bourreau.* Mais ſi ceux qui recherchent nos Filles n'ont rien par où ils puiſſent ſe faire aimer d'elles, elles ne doivent pas y être forcées; & les Parens agiroient inhumainement, s'ils uſoient en ce cas-là de leur autorité, ſurtout lorſqu'il y a d'ailleurs une grande différence de conditions (f). Pour ce que diſoit autrefois un (g) Tribun du Peuple Romain : (3) *Nous ſouhaitons de contracter mariage avec les vôtres, & en cela nous demandons une choſe que l'on ne refuſe point*

(a) Lib. II. Cap. XXX.

(b) *Tacit.* Annal. Lib. I. Cap. LV.

(c) *Tite-Live*, Lib. I. Cap. IX.

(d) *Dionyſ. Halic.* ubi ſuprà. Voyez *Juges XXI*, 22.

(e) *Diodore de Sicile*, Lib. XIV. Cap. 108. *Strabon*, Geogr. Lib. VI, p. 258. *Edit. Pariſ. Caſaub.* pag. 396. *Edit. Amſt.* Voyez un ſemblable exemple dans les Voyages de *Marc Paul de Veniſe*, Lib. I. Cap. LII.

(f) Voyez *Boëcler*, ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. II. §. 21.

(g) *C. Canuleius.*

(2) *Res erat unius ætatis, populus virorum.* Florus, Lib. I. Cap. I. num. 10.

(3) *Connubium petimus, quod finitimis externiſque dari ſolet... at hominum... numero ſimus.* Tit. Liv. Lib. IV. Cap. III. & IV.

*ordinairement à des Voiſins, ni même à des Etrangers. . . . . Ou plûtôt nous vous prions ſeulement de nous traiter comme des gens qui ſont hommes auſſi-bien que vous :* cela ne fait rien à la queſtion dont il s'agit ; car les *Plébeyens* n'étoient point dépourvûs de Femmes ; ils vouloient ſeulement aller du pair avec les *Patriciens.* Du reſte, lorſqu'on peut choiſir parmi un aſſez grand monde de Femmes, il n'y a pas la moindre raiſon d'en aller chercher ailleurs à la pointe de l'épée. Pour les Loix Civiles de certains Peuples, qui défendent de ſe marier avec des Etrangers, ou avec des gens qui ne ſont pas de même ordre ou de même condition, elles ſuppoſent que chacun trouvera aiſément un parti qui lui convienne ; & elles ſont établies ou pour empêcher que certaines Familles diſtinguées ne ſe meſallient, ou afin que les Femmes du Pays puiſſent ſe marier plus facilement, ou de-peur que les richeſſes des Citoyens ne paſſent dans un autre Etat, & qu'ils n'entrent dans ſes intérêts, (4) préférablement à ceux de leur propre Patrie.

Si l'on peut *refuſer à certaines gens ce que l'on accorde à tous les autres ?*

(a) Liv. II. Chap. II. §. 22.

§. XIV. ENFIN GROTIUS (a) ſoûtient, qu'il y a encore ici *un droit commun à tous les Hommes par ſuppoſition ſeulement,* & par conſéquent une obligation impoſée à tous auſſi par ſuppoſition, c'eſt-à-dire, *poſé que l'on permette une certaine choſe à tous les Etrangers indifféremment.* Car alors, ſi l'on exclut ceux de quelque Peuple en particulier, on leur fait injure, dont la raiſon eſt, à mon avis, qu'on le traite & qu'on le regarde comme n'étant pas naturellement égal aux autres. Si donc, ajoûte *Grotius*, il eſt permis dans un Etat aux Etrangers en general, d'aller à la grande ou à la petite Chaſſe, de pêcher du Poiſſon ou des Perles, d'hériter par Teſtament, de vendre leurs denrées & leurs marchandiſes, de contracter mariage, même ſans qu'ils ayent diſette de Femmes ; on ne peut légitimement refuſer rien de tout cela à une certaine Nation, à moins qu'elle ne s'en ſoit rendue indigne par quelque crime.

Mais ce ſentiment ne me paroît pas appuyé ſur des fondemens bien ſolides. (1) En effet, la permiſſion, dont il s'agit, a été accordée ou expreſſément, ou tacitement. Et ce que l'on permet expreſſément, on l'accorde ou par pure faveur, ou en vertu d'une Convention, ou d'une Promeſſe parfaite. Je ne crois pas qu'il ſoit jamais arrivé, ni qu'il arrive jamais, que quelqu'un donne ſans reſerve & ſans diſtinction à tous les Peuples en general, & à chacun en particulier, connus ou inconnus, un droit parfait d'exercer par rapport à une choſe qui lui appartient, quelque acte que la Loi Naturelle n'oblige pas d'ailleurs à permettre generalement : car chacun veut ſçavoir du moins à qui il donne, & combien il donne. Que ſi l'on a permis quelque choſe ou par un Traité, ou de pure grace, à tous les Etrangers que l'on connoît & qui ſont de nos amis, un Inconnu ne ſauroit, ſans injuſtice & ſans impudence, prétendre que cela lui ſoit dû à la rigueur. Pour ce qui n'eſt permis que tacitement & par une eſpece de connivence, la conceſſion en eſt reputée une ſimple faveur, libre dans ſa durée comme dans ſon origine. Deſorte que, ſi nôtre intérêt demande qu'on ne l'accorde

(4) Je ne ſçai pourquoi il y a ici dans l'Edition & dans une Note de Mr. HERTIUS, *ne opes aut* EFFECTUS *noſtrorum in alias civitates per connubia transferantur ;* au lieu que les autres Editions portent, comme il faut, *affectus.* Ce qui peut faire croire que ce n'eſt pas une faute d'impreſſion, c'eſt que Mr. *Hertius* ſemble remarquer, en forme de ſupplément, une choſe qu'il regarde comme omiſe par l'Auteur : *Ou bien*, dit-il, *de-peur qu'un Citoyen, à la faveur de l'alliance & des richeſſes de quelque Etranger puiſſant, ne s'éleve au-deſſus des autres ; ou au contraire, de-peur qu'un Etranger puiſſant ne ſe ſerve de l'alliance d'un Citoyen pour ſe rendre maître de l'Etat. C'eſt ainſi que, comme le remarque* ARISTOTE, Denys le Jeune *ayant epouſé une femme de* Locres, *trouva moyen par cette alliance de s'emparer du Gouvernement de cette République.* Politic. Lib. V. Cap. VII. Mais tout cela eſt compris dans le mot d'*affectus*, qui eſt certainement celui de nôtre Auteur. Et que ſignifieroit ici *effectus ?*

§. XIV. (1) Joignez ici ce j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. II. §. 23. *Note* 1.

plus, ou ſi ceux qui jouïſſoient de cette permiſſion viennent à en abuſer, on peut la révoquer ſans faire tort à perſonne (b).

(b) Voyez *Boëcler*, ſur *Grotius*, *ubi ſuprà.*

De la *Bénéficence*, & de la *Liberalité.*

§. XV. TOUT ce que nous avons dit juſqu'ici ne regarde que les Devoirs les plus communs de l'Humanité, auſquels on ne ſauroit manquer ſans découvrir une ame extrêmement baſſe, & un grand fond de meſquinerie. Mais il y a une maniere plus noble & plus éclattante de témoigner des ſentimens dignes de la parenté que la Nature a miſe entre tous les Hommes; c'eſt de faire gratuitement ou par une bienveillance particuliere, ou par pure generoſité, ou par un effet de tendreſſe, ou par un mouvement de compaſſion, quelque choſe qui demande de la dépenſe ou des ſoins pénibles, pour ſubvenir aux neceſſitez de quelqu'un, ou pour lui procurer un avantage conſidérable. C'eſt ce que l'on appelle des BIENFAITS par excellence, dont l'exercice bien menagé par une Grandeur d'Ame accompagnée de Prudence, fournit une belle matiere à ſe diſtinguer glorieuſement, & à s'attirer les plus grandes louanges. Je dis, *bien menagé par une Grandeur d'Ame accompagnée de Prudence;* car (1) *répandre ſes faveurs au hazard, ſans choix & ſans regle, c'eſt vanité, c'eſt oſtentation, c'eſt prodigalité, en un mot tout autre choſe que vraye Liberalité*, comme le dit un Ancien. Or la ſage diſpenſation & la juſte meſure des Bienfaits dépend en general de l'état & de celui qui donne, & de celui qui reçoit. On trouve là-deſſus quantité de beaux préceptes dans les Ecrits des Philoſophes, & nous avons entr'autres un Traité exprès de SENEQUE, dont on ne pourroit faire un extrait ſans ſe jetter dans une trop grande longueur. Je me contente de rapporter ici quelques penſées de CICERON, qui a traité la matiere avec une briéveté également claire & ſolide. » Il n'y (2) a rien, » dit-il, de plus digne de l'Homme & de plus conforme à ſa nature, que la (3) Bé-

§. XV. (1) *Ambitio enim, & jactantia, & effuſio, & quidvis potiùs quàm liberalitas exiſtimanda eſt, cui ratio non conſtat.* PLIN. *Panegyr.* Cap. XXXVIII. num. 4. *Edit. Cellar.*

(2) *Quæ quidem* [beneficentia ac liberalitate] *nihil eſt naturæ hominis adcommodatius; ſed habet multas cautiones. Videndum eſt enim primùm, ne obſit benignitas, & iis ipſis, quibus benignè videbitur fieri, & ceteris: deinde, ne major benignitas ſit, quam facultates: tum, ut pro dignitate cuique tribuatur. Id enim eſt juſtitiæ fundamentum, ad quam hæc referenda ſunt omnia. Nam & qui gratificantur cuipiam, quod obſit illi, cui prodeſſe velle videantur, non benefici, neque liberales, ſed pernicioſi adſentatores judicandi ſunt: & qui aliis nocent, ut in alios liberales ſint, in eadem ſunt injuſtitia, ut ſi in ſuam rem aliena convertant. . . . . . Qui benigniores volunt eſſe, quàm res patitur, primùm in eo peccant, quod injurioſi ſunt in proximos. Quas enim copias his & ſuppeditare æquius eſt, & relinqui, eas transferunt ad alienos. Ineſt autem in tali liberalitate cupiditas plerumque rapiendi, & auferendi per injuriam, ut ad largiendum ſuppetant copiæ. . . . . . In quo* [delectu dignitatis] *& mores ejus erunt ſpectandi, in quem beneficium conferetur, & animus erga nos, & communitas ac ſocietas vitæ, & ad noſtras utilitates officia ante collata: quæ, ut concurrant omnia, optabile eſt: ſin minus, plures cauſæ majoreſque ponderis plus habebunt.* De Offic. Lib. I. Cap. XIV. *Nullum enim officium referenda gratia magis neceſſarium eſt. . . . . . Sed in collocando beneficio, & in referenda gratia, ſi cetera paria ſint, hoc maximè officii eſt, ut quiſque maximè opis indigeat, ita ei potiſſimùm opitulari.* Ibid. Cap. XV. *eſt enim primum* [principium communitatis & ſocietatis humanæ] *quod cernitur in univerſi generis humani ſocietate. . . . . .* Ibid. Cap. XVI. *Propior eſt* [gradus ſocietatis] *ejuſdem gentis, nationis, linguæ. . . . . interius etiam eſt, ejuſdem eſſe civitatis. . . . . . Arctior vero colligatio eſt ſocietatis propinquorum . . . . . Prima Societas in ipſo conjugio eſt: proxima in liberis. . . . . . Sequuntur fratrum conjunctiones: poſt conſobrinorum, ſobrinorumque. . . . . Sequuntur connubia, & adfinitates: ex quibus etiam plures propinqui. . . . . . Sed omnium ſocietatum nulla præſtantior eſt, nulla firmior, quam cum viri boni, moribus ſimiles, ſunt familiaritate conjuncti.* Ibid. Cap. XVII. *Sed in his omnibus officiis tribuendis videndum erit, quid cuique maximè neceſſe ſit, & quid quiſque vel ſine nobis aut poſſit conſequi, aut non poſſit. Ita non iidem erunt neceſſitudinum gradus, qui temporum. Sunt quædam officia, quæ aliis magis, quàm aliis debeantur: ut vicinum citiùs adjuveris in fructibus percipiendis, quam aut fratrem, aut familiarem. At, ſi lis in judicio ſit, propinquum potiùs & amicum, quàm vicinum defenderis.* Ibid. Cap. XVIII. Voyez les Commentateurs ſur ces paſſages, & ſur pluſieurs autres où *Ciceron* traite de la Bénéficence. Voyez auſſi MARC ANTONIN, Lib. V. Cap. VI. avec les Notes de GATAKER, & PLINE *le jeune*, Lib. IX. Epiſt. XXX. Mais ſurtout je ne ſçaurois aſſez recommander la lecture d'un petit Ouvrage, où Mr. LE CLERC a donné une belle idée de la *Liberalité*, & où il a fait voir merveilleuſement bien les fauſſes idées que l'on a ordinairement de cette excellente Vertu: C'eſt le Ch. XII. des *Reflexions ſur ce que l'on appelle communément Bonheur & Malheur en matiére de Loteries;* Ouvrage imprimé à *Amſterdam* en 1696.

(3) Sous l'idée de *Bénéficence*, il faut comprendre auſſi les ſervices que l'on rend aux autres en détour-

» neficence & la Libéralité ; mais la pratique de cette Vertu demande beaucoup de » précautions. Car premierement il faut prendre garde qu'en croyant faire du bien » à quelqu'un, on ne cauſe du préjudice ou à lui-même, ou à d'autres. En ſecond » lieu, chacun doit proportionner ſes liberalitez à (4) ſes forces & à ſes facultez. En- » fin, on doit avoir égard au merite des perſonnes à qui l'on veut faire du bien ; » car c'eſt-là le fondement de la Juſtice, à laquelle tout doit ici être rapporté. » Quand la Liberalité tourne au deſavantage de celui à qui il ſemble que l'on veuille » faire du bien, ce n'eſt pas une véritable Bénéficence, mais une lâche complaiſance » & une adulation pernicieuſe. Et lorſqu'en faiſant du bien aux uns, on fait du » mal aux autres, c'eſt une auſſi grande injuſtice, que ſi l'on prenoit ce qui appar- » tient à autrui, pour s'accommoder ſoi-même. . . . . . Celui qui veut être plus » liberal que ſes facultez ne le permettent, fait du tort à ſes Proches, puiſqu'il » les fruſtre des biens que la Juſtice l'obligeoit de leur donner ou de leur laiſſer, » & qu'il en accommode des Etrangers à leur préjudice. Outre que, pour avoir » dequoi fournir à ces libéralitez mal entendues, on ſe porte ſouvent à des ex- » torſions & des rapines. . . . . Pour ce qui concerne le choix des perſonnes, il » faut avoir égard & aux mœurs de ceux à qui l'on fait du bien, & aux ſenti- » mens qu'ils ont pour nous, & au degré de liaiſon où l'on eſt avec eux, & aux » ſervices qu'on en a reçus. Quand toutes ces circonſtances ſe rencontrent dans » une même perſonne, c'eſt tout ce qu'on peut ſouhaiter. Sinon, il faut ſe dé- » terminer par celles qui s'y trouvent en plus grand nombre, ou qui ſont d'un plus » grand poids. . . . . Il n'y a point de Devoir plus indiſpenſable, que de faire du » bien à ceux de qui on en a reçu. . . . Mais ſoit qu'il s'agiſſe de ſervices pure- » ment gratuits, ou de ceux que la Reconnoiſſance exige de nous, on doit, toutes » choſes d'ailleurs égales, préférer les perſonnes dont le beſoin eſt le plus grand. . . . . » A l'égard des degrez de liaiſon, auſquels il faut enſuite faire attention, le premier » de tous & le plus general, c'eſt celui que forme la Société univerſelle du Genre » Humain. . . . . (a). Après cela vient la liaiſon qu'il y a entre ceux qui ſont d'un » même Pays, ou d'une même Nation, & qui parlent une même Langue. . . . puis, » celle des Citoyens d'une même Ville. . . . . Ce ſont encore de plus étroites liaiſons » que celles des Proches. . . . . dont la premiere & la plus intime eſt entre le Mari » & la Femme. Après vient celle des Enfans. . . . . enſuite celle des Freres, puis » celle des Couſins, au premier ou au ſecond degré. . . . enfin les alliances qui ſe » contractent entre les Familles par des Mariages, & qui multiplient le nombre des » Proches. . . . Mais la plus excellente & la plus forte de toutes les liaiſons, c'eſt » celle que l'Amitié forme entre des gens de bien, dont les mœurs & les inclinations » ſont ſemblables. . . . . . Au reſte, dans tous ces differens Devoirs il faut avoir » égard

(a) Voyez encore le même Auteur, *De Finib. bonor. & mal.* Lib. V. Cap. XXIII.

nant de deſſus leur tête quelque danger dont ils ſont menacez. C'étoit un précepte des anciens *Gymnoſophiſtes*, comme il paroit par ce que dit *Chariclée*, dans un paſſage d'HELIODORE, que nôtre Auteur citoit ci-deſſus, §. 1. Οὐδὲ γὰρ ἦν μοι θεμιτὸν, ἐν κινδύνῳ ψυχὴν ἅπαξ ἐνανθρωπήσασαν περιιδεῖν· ἦν γὰρ καὶ τοῦτο παράγγελμα τῶν γυμνῶν παρ' ἡμῖν σοφῶν. » Il ne m'étoit pas permis de laiſſer en grand danger » une ame qui étoit entrée dans un corps humain ; » car c'eſt un des préceptes des Gymnoſophiſtes. *Lib.* » II. *Cap.* VI. pag. 115. *Edit. Pariſ. Bourdel.* Il s'agit là d'un Enfant expoſé, que l'on ſauve.

(4) Voyez ce que dit *Socrate in memorabil.* XENOPHONT. Lib. I. Cap. III. num. 3. *Edit. Oxon.* page 421. init. *Edit. Græc. H. Steph.* PLUTARCH. *Sympoſ.* Lib. VIII. Cap. VII. *in fin.* AMBROSIUS, *Offic.* Lib. I. Cap. XXX. & dans le Droit Canon, GRATIAN. Diſt. LXXVI. Cap. XIV. *& ſeqq.* & Cauſ. I. Quæſt. II. Cap. VI. VII. mais ſurtout ce que dit ST. PAUL, II. *Corinth.* VIII, 12. *& ſuiv.* Toutes citations de l'Auteur.

(5) Mai

» égard au plus preſſant beſoin de chacun, & conſiderer s'il peut, ou non, avoir » ſans nous les choſes dont il a beſoin. La nature & l'importance des conjonctures » ne ſuit pas toûjours exactement la nature & le degré des relations que l'on a en» ſemble. Il y a des ſervices que l'on doit rendre aux uns plûtôt qu'aux autres, ſans » avoir égard au plus grand ou moindre degré de liaiſon. C'eſt ainſi, par exemple, » qu'on aide plûtôt un Voiſin à recueillir ſes fruits, qu'un propre Frere, ou qu'un » Ami: au lieu que, s'il s'agit d'un Procès, on ſollicite pour un Parent ou pour un » Ami, plûtôt que pour un Voiſin. A ces belles (5) maximes de *Ciceron*, ajoûtons ſeulement, que la maniere d'exercer la Bénéficence & la Liberalité releve beaucoup le prix des Bienfaits, lorſque l'on rend ſervice d'un air joyeux & empreſſé, & avec des témoignages de bienveillance.

§. XVI. A la Liberalité doit naturellement répondre la Reconnoissance, par laquelle celui qui a reçu un bienfait eſt porté à témoigner avec plaiſir qu'on l'a ſenſiblement obligé, à s'intereſſer par cette raiſon à tout ce qui regarde ſon Bienfaicteur, & à chercher les occaſions de lui rendre la pareille, (1) *autant qu'il pourra.* Je dis, *autant qu'il pourra:* Car il n'eſt point neceſſaire de rendre préciſément autant que l'on a reçu; mais la bonne (2) volonté & les efforts ſinceres, quoiqu'impuiſſans, nous acquittent ſouvent d'une telle obligation, & tiennent lieu de compenſation ſuffiſante. On n'eſt même obligé à aucune reconnoiſſance, ſi l'on a une exception raiſonnable à oppoſer aux prétentions de ceux qui (a) veulent mal-à-propos ſe faire un mérite auprès de nous de quelque ſervice d'ailleurs utile en lui-même. Qu'un (3) homme, par exemple, m'ait empêché de me noyer, je ne lui en ai aucune obligation, ſi c'étoit lui-même qui m'avoit jetté dans l'eau. Surquoi pourtant les Sages diſent avec raiſon, qu'il ne faut pas trop approfondir le motif par lequel une perſonne nous a fait du bien: autrement les Ingrats trouveroient toûjours quelque prétexte plauſible pour ſe diſpenſer de toute reconnoiſſance

De la *Reconnoiſſance.*

(a) Voyez *Phædr.* Lib. I. Fab. XXII.

Au reſte, plus les Bienfaits ſont accompagnez de circonſtances propres à gagner les cœurs des Hommes, & plus le Droit Naturel nous engage à ne pas manquer de reconnoiſſance. Du moins faut-il faire enſorte que celui, qui, comptant ſur nôtre probité, nous a le premier obligez par quelque ſervice, ne s'en trouve pas mal, autant qu'en nous eſt, & ne recevoir jamais de bienfait qu'avec intention de mettre tout en œuvre pour empêcher que le Bienfaicteur n'ait lieu de ſe repentir de ce qu'il a fait pour nous. Car ſi l'on ne vouloit pas lui avoir de l'obligation, il ne tenoit qu'à nous de refuſer ſes ſervices (4). Et ſans la neceſſité que les Loix de la Reconnoiſſance impoſent, (5)

(5) J'ai ajoûté cette petite période, tirée de l'Abregé *des Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. VIII. §. 5.

§. XVI. (1) C'eſt la déciſion des Diſciples de *Zoroaſtre: Praceptum eſt, ut ſi aliquis beneficium facit alteri, tam alteri incumbit illud eadem quantitate rependere, quantum poterit.* In Sad-der, *Porta* XCV. *apud* Thom. Hyde.

(2) *Sed qui, quàm potuit, dat maxima, gratus abunde eſt;*
*Et finem pietas contigit illa ſuum.*
Ovid. *De Ponto*, Lib. IV. Eleg. VIII, 37. Citation de l'Auteur.

(3) Cet exemple eſt encore tiré de l'Abregé *Des Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. VIII. §. 6. Seneque en allégue un tout ſemblable, de celui qui guérit une perſonne qu'il a bleſſée, & il l'applique à la maxime dont il s'agit: *Non eſt beneficium injuria finis: nec unquam id detraxiſſe meritum eſt, quod ipſe, qui detraxit, intulerat. Non vulneres me malo, quàm ſanes. Potes inire gratiam, Si, quia vulneratus ſum, ſanas: non ſi vulneres, ut ſanandus ſim.* De Benefic. *Lib.* VI. *Cap.* 26.

(4) Nôtre Auteur, dans les dernieres Editions, interrompt ici la ſuite des raiſonnemens par cette remarque: Que lorſqu'on refuſe un Bienfait, il faut prendre garde d'éloigner tout ſoupçon de mépris pour celui qui nous offre honnêtement ſes ſervices, autrement ce refus eſt une eſpece d'outrage.

(5) Mais voyez ce que j'ai dit ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. VIII. §. 7. *Note* 1.

ce ſeroit pécher contre le Bon-Sens que de jetter, pour ainſi dire, ſon bien au hazard, & de répandre ſur des gens, de qui l'on n'a jamais reçu aucun ſervice, des bienfaits que l'on regarderoit comme n'engageans à aucun retour, & par conſéquent comme perdus. Deſorte que cela banniroit du monde toute Confiance, toute Bienveillance, & en même tems toute Liberalité, tout ſervice gratuit (b). Diſons donc, avec CICERON (6) qu'*il n'y a point de Devoir plus indiſpenſable, que de faire du bien à ceux de qui on en a reçu.* (7) *Que ſi le Poëte* HESIODE (c) *veut, que ceux, qui ont emprunté quelque choſe, le rendent, s'il eſt poſſible, avec uſure; que ne devons-nous pas faire pour témoigner nôtre reconnoiſſance à ceux qui nous ont prévenus par leurs bienfaits? Ne faut-il pas imiter ces terres fertiles, qui rapportent beaucoup plus qu'elles n'ont reçu? Si nous rendons volontiers ſervice à ceux de qui nous eſperons quelque bien, avec quel empreſſement ne devons-nous pas nous employer en faveur de ceux qui nous en ont déja fait? Il y a deux ſortes de Liberalité, dont l'une conſiſte à faire du bien par pure generoſité, & l'autre à en faire par reconnoiſſance. La premiere dépend de nôtre bon plaiſir; mais l'autre eſt un Devoir, dont un Homme-de-bien ne ſauroit ſe diſpenſer, du moment qu'il peut s'en acquitter ſans faire tort à perſonne.* Et ici il faut remarquer, que *Ciceron* renferme la *Reconnoiſſance* dans l'idée de la *Liberalité*, parceque ni l'une ni l'autre de ces Vertus ne ſuit des regles auſſi fixes que celles de la *Juſtice*, qui ordonne de rendre préciſément ce que l'on doit par Contract (d). Cela n'empêche pourtant pas que les Loix de l'Humanité ne nous impoſent quelque obligation, non ſeulement de rendre bienfait pour bienfait, mais encore de faire du bien à ceux de qui on n'en a jamais reçu, & de qui l'on n'attend rien. Il y a ſeulement cette différence, que l'exercice de la Bénéficence eſt beaucoup plus libre que celui de la Reconnoiſſance, dont les effets doivent, autant qu'il dépend de nous, être au gré du Bienfaicteur. En quoi il n'eſt pas pour l'ordinaire fort difficile de réüſſir, parceque le plus ſouvent on aime plus ceux à (8) qui l'on fait du bien, qu'on n'en eſt aimé ſoi-même.

(b) Voyez *Hobbes*, *De Cive*, Cap. III. §. 8.

(c) *Oper. & Dier.* verſ. 349, 350. *Edit. Cleric.*

(d) Voyez *Ambroſ. de Offic.* Lib. I. Cap. XXXI. *Aul. Gell* Lib. I. Cap. IV.

De l'*Ingratitude.*

§. XVII. QUOIQUE l'*Ingratitude* par elle-même ne renferme aucune injuſtice, proprement ainſi nommée, celui de qui on a reçu quelque Bienfait n'ayant pas droit à la rigueur d'en exiger du retour, le nom d'Ingrat renferme néanmoins quelque

(6) *Nullum enim officium referendâ gratiâ magis neceſſarium eſt. Quodſi ea, quæ utenda acceperis, majore menſura, ſi modo poſſis, jubet reddere* HESIODUS: *quidnam beneficio provocati facere debemus? an imitari agros fertiles, qui multo plus efferunt, quàm acceperunt? Etenim ſi in eos, quos ſperamus nobis profuturos, non dubitamus officia conferre: quales in eos eſſe debemus, qui jam profuerunt! Nam cùm duo genera liberalitatis ſint, unum dandi beneficii, alterum reddendi: demus, necne, in noſtra poteſtate eſt: non reddere viro bono non licet, modo id facere poſſit ſine injuria.* De Offic. Lib. I. Cap. XV.

(7) ARISTOTE ſoûtient, que, comme il faut rendre ce qu'on a emprunté, plûtôt que de prêter à un Ami, on doit auſſi pour l'ordinaire, s'acquitter des engagemens de la reconnoiſſance, plûtôt que de rendre ſervice à ſes Amis, à moins qu'il n'y ait quelque raiſon plus forte d'honnêteté, ou de neceſſité, qui nous oblige à faire céder les devoirs de la Reconnoiſſance à ceux de l'amitié. Καὶ τὰς μὲν εὐεργεσίας ἀνταποδοτέον ὡς ἐπιτοπολὺ μᾶλλον, ἢ χαριστέον ἑταίροις· καὶ ὥσπερ δάνειον, ᾧ ὀφείλει ἀποδοτέον μᾶλλον, ἢ ἑταίρῳ δοτέον..... ἐὰν δὲ ὑπερτείνῃ ἡ δόσις τῷ καλῷ, ἢ τῷ ἀναγκαίῳ, πρὸς ταῦτ' ἀποκλιτέον. *Ethic. Nicom.* Lib. IX. Cap. II. L'Auteur citoit ce paſſage.

(8) ARISTOTE, comme le remarquoit ici nôtre Auteur, en recherche les Raiſons, *Ethic Nic.* Lib. IX. Cap. VII. qui ne ſont pas difficiles à trouver. HOBBES examine auſſi, dans ſon *Léviathan.* (Cap. XI.) d'où vient qu'un grand Bienfait reçu d'une perſonne au-deſſus de nous, produit en nous des ſentimens d'amour; au lieu qu'il n'en eſt pas de même, lorſque le Bienfait vient d'un Egal, ou d'un Inférieur, à moins qu'on n'ait eſperance de lui rendre la pareille. » Depuis » qu'un Bienfait (dit *Tacite*, de la Traduction d'A» BLANCOURT) eſt au-deſſus de la recompenſe, la » haine & l'ingratitude prennent la place de la Re» connoiſſance & de l'Amitié. *Nam beneficia eo uſque læta ſunt, dum videntur exſolvi poſſe: ubi multùm antevenére, pro gratia odium redditur.* Annal. Lib. IV. Cap. XVIII. *in fin.* Tout ceci eſt encore de l'Auteur. Voyez les Maximes de Mr. le Duc DE LA ROCHEFOUCAUT, en divers endroits.

choſe de plus infâme & de plus odieux que celui d'Injuſte. (1) La raiſon en eſt, que l'on regarde comme l'effet d'une ame extrêmement baſſe, de ſe déclarer ſoi-même indigne par ſa conduite de l'opinion avantageuſe qu'une perſonne a conçue de nous, & de ne pouvoir être engagé même (2) par des Bienfaits à entrer dans des ſentimens d'Humanité. *L'Ingratitude*, dit très-judicieuſement un (a) Philoſophe moderne, *eſt un vice qui n'appartient qu'aux hommes brutaux & ſottement arrogans, qui penſent que toutes choſes leur ſont dûës; ou aux ſtupides, qui ne font aucune reflexion ſur les bienfaits qu'ils reçoivent; ou aux foibles & abjects, qui ſentant leur infirmité & leur beſoin, recherchent baſſement le ſecours des autres, & après qu'ils l'ont reçu, ils les haïſſent, pourceque n'ayant pas la volonté de leur rendre la pareille, ou deſeſperant de le pouvoir, & s'imaginant que tout le monde eſt mercenaire comme eux, & qu'on ne fait aucun bien qu'avec eſperance d'en être recompenſé, ils penſent les avoir trompez.*

(a) *Deſcartes*, Des Paſſions, Art. CXCIV.

Les Sçavans diſputent ici, ſi l'on doit donner action (3) en Juſtice contre un Ingrat? SENEQUE le nie, & il ſe ſert entr'autres de ces trois raiſons. 1. Que (4) *l'on perdroit tout le merite* (b) *du Bienfait, ſi l'on pouvoit pourſuivre un Ingrat, comme l'on pourſuit un Débiteur, ou une perſonne qui s'eſt engagée à nous par un Contract de Louange; car alors ce n'eſt plus bienfait, c'eſt commerce.* 2. Que *les actes de Reconnoiſſance, les plus beaux & les plus louables, ceſſeroient de l'être, ſi l'on pouvoit y être contraint.* 3. Enfin, *que tous les Tribunaux du monde ne ſuffiroient pas* (5) *pour connoître des procez que produiroit une Loi qui donneroit action contre les Ingrats.* D'autres répondent à cela diverſes choſes (c). Pour moi, je me contente de remarquer, que par cela ſeul qu'une action eſt contraire à la Loi Naturelle, le Droit Naturel n'autoriſe pas à contraindre ou à punir ceux qui s'en rendent coupables. J'avouë qu'il y a des peines préparées aux Ingrats dans une autre Vie par la Juſtice Divine. C'eſt auſſi avec raiſon que, dans ce monde, on regarde de telles gens avec éxécration, & qu'on les juge indignes de recevoir déſormais aucun bienfait. Mais je ne ſçaurois me perſuader

(b) Voyez *M. Antonin.* Lib. IX. §. 42. *in fin.* cité un peu plus bas.

(c) Voyez la Diſſertation de *Boécler*, intitulée, *Actio ingrati*, qui eſt la XXXII. du Recueil imprimé à *Straſbourg* en 1701.

§. XVII. (1) Voici la raiſon que rend CICERON de ce qu'on regarde de ſi mauvais œil l'ingratitude: *Omnes enim immemorem beneficii oderunt: eamque injuriam in deterrenda liberalitate ſibi etiam fieri; eumque, qui faciat, communem hoſtem tenuiorum putant.* » Les » Ingrats s'attirent la haine de tout le monde. Com» me leur procedé décourage ceux qui ſont portez à » la Liberalité, c'eſt une injure à laquelle chacun » prend part; deſorte qu'un Ingrat paſſe pour l'En» nemi commun de tous ceux qui ont beſoin du ſe» cours des perſonnes puiſſantes. *De Offic.* Lib. II. Cap. XVIII.

(2) Ὃν γὰρ τὸ χρηστὸν οὐκ ἐποίησ᾽ ἥμερον,
Τί δ᾽ ἂν δράσειεν ἄλλο τῶν πάντων ποτέ;

» Quand on n'eſt pas ſenſible aux Bienfaits, quelle » autre choſe du monde ſeroit capable de nous tou» cher? GREGOR. NAZIANZ. *De Vita ſua*, page 16. Tom. II. *Edit. Colon.* (ſeu *Lipſ.*) 1690. L'Auteur citoit encore SOPHOCL. *Ajac. flagell.* page 31. Edit. H. Steph. XENOPHON. *Cyrop.* Lib VIII. Cap. III. §. 19. Edit. Oxon. LUCIAN. Anthol. Tome II. page 37. *Edit. Amſt.* Voyez les réfléxions que fait Mr. de St. EVREMOND ſur les *Ingrats*, Tome III. page 124, & *ſuiv.* de ſes *Oeuvres mêlées*, Edit. d'Amſt. 1726.

(3) Cela s'eſt pratiqué autrefois, non ſeulement parmi les *Perſes*, (comme il paroit par XENOPHON, *Cyrop.* Lib. I. page 3. *Edit. Græc. H. Steph.* (Cap. II. §. 7. *Ed. Oxon.*) & par ce que dit ELIEN, *Hiſt. Animal.* Lib. VIII. Cap. III. & THEMISTIUS, Orat. XXII. *De amicit.* page 268. *Edit. Pariſ. Hard.* mais encore chez les *Atheniens. In qua urbe* [Athenis] *adverſus ingratos actio conſtituta eſt.* VALER. MAXIM. Lib. V. Cap. III. §. 3. *extern.* Voyez auſſi Lib. II. Cap. VI. §. 6. & PETIT. *de Legib. Athen.* Lib. II. Tit. VI. & Lib. VII. Tit. VIII. Mr. BAYLE ne s'eſt pas ſouvenu de ces paſſages, lorſqu'il dit, dans ſes *Penſées ſur la Comète*, pag. 767. 3. Edit. que *les Loix n'ont jamais établi des peines contre les Ingrats, excepté parmi les Médes.* Il cite là-deſſus XENOPHON, & SENEQUE *De Benefic.* Lib. III. Cap. VI. Dans ce dernier paſſage les Editions portent *Macedonum*, au lieu de *Medorum*; ſur quoi Voyez MURET. *Var. Lect.* Lib. XII. Voyez auſſi BRISSON, *de Regno Perſ.* Lib. II. pag. 198. *Edit. Sylburg.*

(4) *Primum omnium, pars optima beneficii periit, ſi actio, ſicut certæ pecuniæ, aut ex conducto & locato, datur. . . . . incipit non beneficium eſſe, ſed creditum. Deinde, cùm res honeſtiſſima ſit, referre gratiam, deſinit eſſe honeſta, ſi neceſſaria eſt. . . . . Adjice nunc, quod huic uni Legi omnia fora vix ſufficient.* De Benefic. Lib. III. Cap. VII.

(5) En effet, outre qu'il n'y auroit preſque perſonne qui ne ſe plaignît, d'avoir été payé d'ingratitude, il eſt très-difficile de peſer exactement les circonſtances qui augmentent ou qui diminuent le prix d'un bienfait. Voyez tout ce que dit SENEQUE au même endroit, & joignez-y la VIII. Queſtion des *Eſſais de Juriſprudence* de feu Mr. de TOUREIL.

que, quand un homme oublie les ſervices qu'on lui a rendus, ou manque à les reconnoître dans l'occaſion, cette ſimple ingratitude donne droit de le pourſuivre en Juſtice, ou de lui déclarer la Guerre; & la raiſon en eſt claire. Car le but propre & naturel d'un Bienfait, c'eſt-à-dire, d'un ſervice pour lequel on ne ſtipule point de retour, c'eſt, d'un côté de fournir occaſion à celui qui le reçoit, de faire voir, par les effets d'une reconnoiſſance entierement libre, que ce n'eſt pas pour éviter d'y être forcé qu'il s'acquitte de ſon devoir, mais par un principe d'Honneur, & par l'amour de la Vertu: de l'autre, de montrer, en n'exigeant rien de celui à qui l'on donne, qu'on lui fait du bien uniquement pour s'acquitter des devoirs de l'Humanité, & non dans aucune vûë d'interêt. L'Empereur MARC ANTONIN a là-deſſus des ſentimens fort genereux (6). *Quand tu te plaindras*, dit-il, *d'un Ingrat & d'un Perfide, ne t'en prens qu'à toi-même: car c'eſt manifeſtement ta faute, ſoit d'avoir crû qu'un homme ainſi diſpoſé te garderoit le ſecret; ſoit, quand tu as fait un plaiſir, de ne l'avoir pas fait liberalement, ſans en attendre aucune reconnoiſſance, & de n'avoir pas recueilli tout le fruit de ton action dans le tems même de l'action. Car que veux-tu davantage? N'as-tu pas fait du bien à un Homme? cela ne te ſuffit-il-pas? & en faiſant ce qui eſt ſelon la nature, demandes-tu d'en être recompenſé? C'eſt comme ſi l'Oeil demandoit d'être payé parcequ'il voit, & les Pieds parcequ'ils marchent; car comme ces membres ſont faits pour cela, & qu'en rempliſſant leurs fonctions ils ont tout ce qui leur eſt propre, de même l'Homme eſt né pour faire du bien, & toutes les fois qu'il eſt dans cet exercice, ou qu'il fait quelque choſe d'utile à la Societé, il accomplit les conditions ſous leſquelles il eſt au monde, & il a ce qui lui convient.* Que s'il y a une *Ingratitude compliquée*, je veux dire, ſi l'Ingrat non ſeulement manque de reconnoiſſance, mais encore rend le mal pour bien; alors le droit que l'on a de le pourſuivre en Juſtice, ou de lui déclarer la Guerre, vient proprement & directement de l'Injure que l'on a reçuë de lui: mais l'ingratitude, qui l'accompagne, & qui découvre une ame noire, fait que l'on ſe porte plus promptement à en tirer raiſon, & que l'on punit avec plus de rigueur celui dont les Bienfaits mêmes n'ont pû moderer ou retenir la malice. Au reſte, ſi l'on veut ſçavoir, quand c'eſt que l'on eſt diſpenſé des devoirs de la Reconnoiſſance, à cauſe d'une injure reçuë de la part de celui qui nous avoit auparavant rendu quelque ſervice, on n'a qu'à lire SENEQUE, dans les endroits que je cite (d).

(d) De Benefic. Lib. VI. Cap. IV. V. & Epiſt. LXXXI.

(6) Ὅταν ὡς ἀπίστῳ, ἢ ἀχαρίστῳ μέμφῃ, εἰς ἑαυτὸν ἐπιστρέφου. προδήλως γὰρ σὸν τὸ ἁμάρτημα, εἴτε περὶ τοῦ τοιαύτην τὴν διάθεσιν ἔχοντος ἐπίστευσας, ὅτι τὴν πίστιν φυλάξει, εἴτε τὴν χάριν διδοὺς, μὴ καταληκτικῶς ἔδωκας, μηδὲ ὥστε ἐξ αὐτῆν σῆς πράξεως εὐθὺς ἀπειληφέναι πάντα τὸν καρπόν. τί γὰρ πλέον θέλεις, εὖ ποίησας ἄνθρωπον; οὐκ ἀρκεῖ σοι; κατὰ φύσιν τὴν σήν τι ἔπραξας; τούτου μισθὸν ζητεῖς; ὡς εἰ ὁ ὀφθαλμὸς ἀμοιβὴν ἀπῄτει, ὅτι βλέπει. ἢ οἱ πόδες, ὅτι βαδίζουσιν. ὥσπερ γὰρ ταῦτα πρὸς τόδε τι γέγονεν, ἅπερ κατὰ τὴν ἰδίαν κατασκευὴν ἐνεργοῦντα ἀπέχει τὸ ἴδιον. οὕτως καὶ ὁ ἄνθρωπος εὐεργετικὸς πεφυκὼς, ὁπόταν τι εὐεργετικὸν, ἢ ἄλλως εἰς τὰ μέσα συνεργητικὸν πράξῃ, πεποίηκε πρὸς ὃ κατεσκεύασαι, καὶ ἔχει τὸ ἑαυτοῦ, Lib. IX. §. 42. J'ai ſuivi la verſion de Mr. & Madame DACIER.

## CHAPITRE IV.

### *De la fidelité inviolable avec laquelle ont doit* TENIR SA PAROLE; *&* *des differentes ſortes* D'OBLIGATION *en general.*

L'uſage des *Conventions* ou des *Engagemens volontaires*, eſt abſolument néceſſaire à la Societé Humaine.

§. I. JUSQUES ici nous avons expliqué ce que l'on ſe doit réciproquement en vertu de la ſimple liaiſon que la Nature a établie entre tous les Hommes, ſans qu'il ſoit encore intervenu aucun acte des uns par rapport aux autres (1). Mais ce ſeroit encore bien peu de choſe, ſi leurs Devoirs mutuels ne s'étendoient pas plus loin. Tout le monde n'a pas le cœur aſſez bien fait pour ſe porter à procurer de tout ſon poſſible l'avantage d'autrui par un pur principe d'Humanité ou de Charité, & ſans être aſſuré de recevoir à ſon tour quelque choſe d'équivalent. D'ailleurs, ce en quoi les autres peuvent nous accommoder, eſt ſouvent de telle nature, qu'on n'oſeroit l'exiger d'eux en pur don. Quelquefois auſſi le caractere, ou la condition d'une perſonne, ne lui permettent pas d'avoir obligation à d'autres pour les choſes dont elle a beſoin de leur part. Ainſi il ſe trouve d'ordinaire, ou que les autres ne ſont pas en état de donner ſans interêt, ou que l'on ne veut pas recevoir d'eux ſans une eſpece d'échange: outre que ſouvent ils ne ſçavent pas même en quoi ils peuvent nous être utiles. (2) Pour rendre donc plus fréquent, & en même tems plus régulier, ce commerce de ſervices qui fait le lien & l'agrément de la Societé, il étoit neceſſaire que les Hommes traitaſſent enſemble au ſujet des choſes qu'ils ne pouvoient pas toûjours ſe promettre certainement les uns des autres par un ſimple effet des impreſſions que les Loix de l'Humanité font ou peuvent faire ſur les cœurs. Pour cet effet, il falloit, que deux ou pluſieurs perſonnes déterminaſſent d'un commun accord ce que l'une ſeroit obligée de faire en faveur de l'autre, & ce qu'elle devoit en attendre à ſon tour, ou ce qu'elle pourroit en exiger de plein droit. (3) C'eſt ce qui ſe fait par des CONVENTIONS, ou par des PROMESSES.

Or comme nos forces étant bornées ne ſauroient s'étendre en même tems & de la même maniere, aux beſoins de tout le monde, la Raiſon veut que quiconque s'eſt acquis, par une Convention ou une Promeſſe, quelque droit particulier ſur certaines actions d'autrui, qui n'étoient encore, pour ainſi-dire, hypothéquées à perſonne par

CH. IV. §. I. (1) Voyez cy deſſus, Chap. I. §. 1. *Note* 1. & la *Note* ſur le Chap. IX. §. 8. de ce même Livre.

(2) La période qui forme le petit *à capite* ſuivant étoit placée ici, & jointe par un *enfin* à ce qui précéde, comme ſi elle renfermoit une nouvelle & derniere raiſon pour prouver la néceſſité des Engagemens volontaires. Cependant, comme chacun voit, cette période ſuppoſe la neceſſité de ces engagemens déja établie; car elle ſe réduit à faire voir le droit que donne ſur les actions d'autrui une Convention ou une promeſſe. De-là il réſulte un déſordre fort embarraſſant, que je n'ai pas cru dévoir conſerver dans ma Traduction. Cette faute vient apparemment du peu de ſoin que l'Auteur avoit de bien enchaſſer ſes additions; car on ne trouve point dans la premiere Edition la période qui cauſe ici le dérangement.

(3) J'ai ajoûté les ſept ou huit derniers mots de cet *à capite*, pour achever le raiſonnement, comme l'Auteur lui-même le fait dans ſon Abregé *des Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. VIII. §. 2. Au reſte toutes les raiſons de l'Auteur tendent uniquement à faire voir la néceſſité des engagemens volontaires pour produire de nouvelles obligations. Mais ils ſont encore néceſſaires 1. Pour rétablir des obligations interrompuës ou éteintes. 2. Pour délivrer entierement de celles où l'on étoit encore. 3. Pour donner pleine force à celles qui n'étoient qu'imparfaites. TITIUS, Obſerv. CXCVIII. Joignez ici ma Note ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. IX. §. 2. dans les dernieres Editions.

aucune Obligation antérieure, puiſſe ſeul diſpoſer de ces ſortes d'actions conformément à l'accord.

De-là il paroît, quelle différence il y a entre les *Devoirs de l'Humanité* ou de la *Charité*; & ceux de la *Juſtice* proprement ainſi nommée, ou du *Droit rigoureux*. Car les premiers étant uniquement fondez ſur les Obligations que la Nature impoſe à tous les Hommes, ne ſuppoſent aucun Engagement volontaire, ni exprès, ni tacite; au lieu que les autres dépendent eſſentiellement de quelque Convention, ou de quelque Promeſſe, par laquelle on a acquis ſur nous un droit particulier en vertu de nôtre propre conſentement. De-plus, tout ce que l'on exige dans les Conventions tend plûtôt à nôtre propre interêt qu'à l'avantage de ceux avec qui l'on traite : au lieu que dans la pratique des Devoirs de l'Humanité on ſe propoſe uniquement de rendre ſervice à autrui. Car quoiqu'en general ces ſortes de Devoirs ſoient neceſſaires pour vivre commodément dans la Societé Humaine, & qu'ainſi quiconque s'en acquitte y trouve à quelque égard ſon avantage particulier, en ce qu'il peut eſperer de recevoir la pareille : cependant le but que l'on ſe propoſe en pratiquant quelque Devoir d'Humanité, n'eſt pas de ſe procurer de l'avantage à ſoi-même, mais d'obliger celui à qui l'on rend ſervice; car dès-là qu'on a en vûë ſon propre interêt, ce n'eſt plus bienfait, c'eſt trafic. Ainſi les Loix de l'Humanité, & les Conventions, fourniſſent tour-à-tour le fondement & le principe de nos Devoirs mutuels: car ce que les Loix de l'Humanité toute ſeule ne ſauroient produire, ou ne produiſent pas ordinairement, les Conventions le procurent; & lorſque les Conventions manquent, les Loix de l'Humanité y ſuppléent. Or quoiqu'il dépende abſolument de chacun d'entrer ou de ne pas entrer dans tel ou tel Engagement en particulier, il eſt de Droit Naturel qu'il y ait en general quelques Engagemens volontaires entre les Hommes, ſans quoi il ne ſauroit y avoir de paix & de ſocieté durable parmi le Genre Humain. *Les Conventions*, diſoit un ancien Orateur Grec, (4) *ont une ſi grande vertu, que les* Grecs *& les* Barbares *les font également intervenir dans la plûpart des affaires de la Vie. C'eſt ſur la foi des Conventions que nous entretenons commerce & que nous négocions les uns avec les autres, pour nous fournir réciproquement les choſes dont chacun a beſoin. C'eſt à la faveur des Conventions que nous paſſons des Contracts, & que nous terminons non ſeulement les querelles particulieres, mais encore les Guerres publiques. En un mot, c'eſt la ſeule Loi dont l'uſage ſoit general & perpetuel parmi les Hommes.*

Il faut *tenir religieuſement ce à quoi l'on s'eſt engagé.*

§. II. LORS donc que l'on eſt entré dans quelque Engagement les uns envers les autres, il faut l'effectuer religieuſement; c'eſt une ſuite neceſſaire de la Sociabilité. En effet, ſans cela le Genre Humain perdroit la plus grande partie de l'utilité qui lui revient d'un tel commerce de ſervices (1) : commerce ſi neceſſaire, au jugement de CICERON, que (2) *les Brigands mêmes & les Corſaires, qui ne vivent que de cri-*

(4) Τοσαύτην δ᾽ ἔχουσι δύναμιν [αἱ συνθῆκαι] ὥστε τὰ πλεῖστα τοῦ βίου, καὶ τοῖς Ἕλλησι, καὶ τοῖς Βαρβάροις, διὰ συνθηκῶν εἶναι. ταύταις γὰρ πιστεύοντες, ὡς ἀλλήλους ἀφικνούμεθα, καὶ ποριζόμεθα, ὧν ἕκαστοι τυγχάνομεν δεόμενοι. μετὰ τούτων καὶ τὰ συμβόλαια τὰ πρὸς ἡμᾶς αὐτοὺς ποιούμεθα· καὶ τὰς ἰδίας ἔχθρας, καὶ τοὺς κοινοὺς πολέμους διαλυόμεθα. τούτῳ νόμῳ κοινῷ πάντες ἄνθρωποι διατελοῦμεν χρώμενοι. *Iſocrat. adverſ. Callimach.* page 376. *Edit. H. Steph.* J'ai ſuivi la correction de PIERRE DU FAUR, approuvée par GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 1. num. 2.

§. II. (1) Ὥστε ἀκύρων γινομένων [τῶν συνθηκῶν] ἀναιρεῖται ἡ πρὸς ἀλλήλους χρεία τῶν ἀνθρώπων. ARISTOTEL. Rhetor. Lib. I. Cap. XV.

(2) *Cujus* [juſtitiæ] *tanta vis eſt, ut nec illi quidem, qui maleficio & ſcelere paſcuntur, poſſint ſine ulla particula juſtitiæ vivere.* De Offic. Lib. II. Cap. XI. Voyez là-

*mes & de rapine, ne peuvent vivre enſemble ſans quelque ſorte de Juſtice.* D'ailleurs, ſi l'on n'étoit dans une obligation indiſpenſable de tenir ce qu'on a promis, perſonne ne pourroit compter ſur les ſecours d'autrui, on appréhenderoit toûjours un manque de parole, qui auſſi arriveroit très-ſouvent. Et de-là il naîtroit mille ſujets légitimes de Querelles & de Guerres. Car, ſi l'un des Contractans a déjà effectué ce à quoi il s'étoit engagé, & que l'autre ne faſſe pas de ſon côté ce qu'il a promis, le bien ou la peine du premier eſt entierement perduë pour lui. Que s'il n'y a rien encore d'exécuté, il eſt pourtant fâcheux de voir ſes projets déconcertez, & ſes affaires en mauvais état par l'infidelité d'une perſonne à qui l'on s'étoit fié; puiſque, ſans cela, on auroit pû prendre d'autres meſures, outre que l'on a toûjours bien de la peine à digérer d'être la duppe de quelqu'un pour l'avoir crû honnête homme. C'eſt donc une des maximes les plus inviolables du Droit Naturel, & de l'obſervation de laquelle dépend tout l'ordre, toute la beauté & tout l'agrément de la Vie Humaine : (a) QUE CHACUN DOIT TENIR INVIOLABLEMENT SA PAROLE (3), c'eſt-à-dire, effectuer ce à quoi il s'eſt engagé par quelque *Promeſſe*, ou par quelque (4) *Convention.*

(a) Voyez *Eurip. Heracl.* verſ. 890, 891. & ce que dit *Denys d'Halicarn.* Lib. II. p. 134. *Edit. Sylb.* Cap. LXXV. pag. 129. *Edit. Oxon.* au ſujet de la *Foi*, que *Numa* mit au nombre des *Dieux.*

Les *Obligations* ſe diviſent 1. En *Naturelles*, & *Acceſſoires.*

§. III. COMME tout Engagement volontaire, principalement s'il eſt exprès, produit quelque *Obligation* à laquelle on n'étoit point d'ailleurs ſoûmis par la Nature, du moins d'une maniere préciſe & déterminée, avant que d'entrer dans la matiere des Engagemens, il ne ſera pas hors de propos d'indiquer ici d'abord les principales ſortes d'Obligation.

On diviſe donc les *Oligations* 1. En *Naturelles*, & (1) *Acceſſoires.* Les premieres, ce ſont celles qui réſultent de la nature même des Hommes conſiderée comme telle; c'eſt-à-dire, qui ont pour objet ce à quoi chacun eſt tenu entant qu'Animal Raiſonnable & Sociable. Or comme tous les Hommes, qui viennent au monde par

deſſus un paſſage de PLATON, que GRÆVIUS cite, & SIMPLICIUS ſur le Chap. LVIII. d'EPICTETE, vers la fin.

(3) Ajoûtons *de quelque condition, & de quelque Religion que ſoit celui envers qui l'on s'eſt engagé à quelque choſe.* C'eſt le précepte des Diſciples de ZOROASTRE, en cela moins relâchez & plus honnêtes-gens qu'un bon nombre de Chrétiens. *Cum quocumque*, diſent-ils, *feceris pactum, id ne frangas. . . . Nec putes tecum dicere. Quamvis pactum fregero, id tamen non erit mihi peccatum : & ſive ſit cum aliquo in Religione noſtra, ſive extra eam, res perinde eſt.* Apud. THOM. HYDE, *de Relig. Veterum Perſarum*, &c. *in Sad-der*, *Porta* XXVIII. Voyez auſſi les beaux ſentimens de MONTAGNE au ſujet de la neceſſité indiſpenſable de tenir ſa parole, Liv. III. Chap. IX. Tome IV. page 264, 265. *Edit. de la Haye*, 1727. Les *Pythagoriciens*, pour s'accoûtumer à ne pas manquer de foi dans les choſes importantes, pouſſoient leur délicateſſe juſqu'au ſcrupule en matiere de bagatelles. On rapporte là-deſſus un plaiſant conte. *Lyſis*, Philoſophe de cette Secte, ſortant un jour du Temple de *Junon*, trouva un de ſes Condiſciples, nommé *Euryphame*, qui y entroit, & qui lui dit de l'attendre juſques à ce qu'il eût fait ſes devotions. Il s'aſſit donc devant le Temple : mais malheureuſement *Euryphane* étant tombé dans des profondes méditations, oublia ce qu'il avoit promis, & ſortit par une autre porte. Cependant *Lyſis*, ſans ſe rebuter, demeura là tranquillement le reſte du jour, & y paſſa même la nuit & une bonne partie du jour ſuivant; apres quoi l'autre étant allé à l'Auditoire, & voyant qu'on parloit de *Lyſis* comme ne ſçachant ce qu'il étoit devenu, il rappella ſa memoire, & alla vîte relever de ſentinelle le ſcrupuleux obſervateur de la parole donnée. JAMBLICK, *de Vita Pythagor.* Cap. XXX. §. 185. *Edit. Kuſt.* C'eſt-là ſans contredit une exactitude outrée : mais ici il vaut mieux pecher de ce côté-là, que de ſe laiſſer aller à la moindre négligence.

(4) L'Auteur commence ici à diſtinguer les *Conventions* d'avec les *Promeſſes* : au lieu qu'auparavant, & en divers autres endroits, il prend le terme de *Convention* dans un ſens général, qui comprend auſſi les *Promeſſes*; parceque, dans toute promeſſe il faut une acceptation qui uniſſe les volontez des deux Parties, quoiqu'il n'y ait point de ſtipulation reciproque de la part de celui à qui l'on promet quelque choſe. Mais pour éviter toute équivoque, & pour ne pas obſcurcir les choſes ſans neceſſité, je me ſuis ſervi autant que j'ai pû, du mot d'*Engagement*, qui eſt général, & renferme les *Promeſſes* auſſi-bien que les *Conventions* proprement ainſi nommées lors même que l'Auteur diſoit ſimplement *Pactum*.

§. III. (1) ARRIEN, *Diſſert. Epictet.* Lib. III. Cap. II. diſtingue auſſi entre Σχέσεις φυσικαὶ, καὶ ἐπιθέτοι, comme le remarquoit ici nôtre Auteur. Au reſte, j'attache ici au terme d'*Acceſſoire*, la même idée que j'y ai attachée en traduiſant le *Status adventitius* de nôtre Auteur. Voyez Liv. I. Chap. I. §. 7.

la voye ordinaire, naiſſent enfans, & par conſéquent incapables de faire un bon uſage de leur Raiſon, ces ſortes d'Obligations ne ſe déployent dans toute leur force, & ne rendent coupables ceux qui y manquent, que quand ils ſont en âge de comprendre la néceſſité indiſpenſable qu'il y a de les remplir. Mais depuis ce tems-là elles produiſent conſtamment leurs effets, lors même que, par pareſſe ou par négligence, on n'y fait pas toute l'attention néceſſaire. En un mot, l'ignorance du Droit Naturel n'excuſe plus, du moment qu'on eſt parvenu à l'âge de diſcrétion, & perſonne après cela n'eſt reçu à dire, qu'il ne lui eſt jamais venu dans l'eſprit de penſer ſi telle ou telle choſe étoit ordonnée ou défendue par quelque Loi Naturelle.

Les *Obligations Acceſſoires*, ce ſont celles que l'on contracte en conſéquence de quelque acte humain, & de ſon propre conſentement, ou exprès, ou tacite.

L'*Athéïſme* détruit toute Obligation Naturelle.

§. IV. De toutes les *Obligations Naturelles* la plus conſidérable, c'eſt ſans contredit celle où ſe trouvent tous les Hommes par rapport à Dieu, le Créateur & le Souverain Maître de l'Univers; en vertu de laquelle ils doivent adorer cet Etre Tout-puiſſant, & obéïr à ſes Loix. Quiconque ſe ſouſtrait entierement à cette Obligation, ſe rend coupable d'*Athéïſme*. Or il y a de deux ſortes d'*Athées*; les uns qui nient formellement l'exiſtence de Dieu; les autres qui nient ſa Providence. Car, à l'égard de l'effet Moral, ces deux opinions ſont équivalentes; puiſque l'une & l'autre détruit également toute ſorte de Religion, (a) & fait regarder le culte de la Divinité comme un artifice inventé pour retenir la Populace dans le devoir.

Il faut donc rejetter entierement la penſée d'Hobbes, qui (b) met l'*Athéïſme* au rang des ſimples fautes d'imprudence ou d'ignorance; enſorte que, ſelon lui, ce n'eſt pas proprement un peché, mais une ſimple erreur & une eſpece de folie, qui ne mérite point de punition. Pour ſoutenir cet étrange paradoxe, voici comment il raiſonne. *Un Athée, dit-il, n'ayant jamais reconnu l'exiſtence de* Dieu, *n'a par conſéquent jamais ſoumis ſa volonté à la volonté de cet Etre Souverain. Or on ne ſauroit avoir un empire ſouverain ſur ceux qui ne nous l'ont pas déferé par leur propre conſentement. Donc, l'Athée n'ayant jamais été ſous l'empire de* Dieu, *n'eſt point tenu d'obſerver les Loix Divines.* Mais il eſt très-faux, que tout empire dépende du conſentement de ceux ſur qui on l'exerce. Cela n'a lieu qu'à l'égard de l'Autorité Humaine, qui étant établie entre des Créatures naturellement égales, n'eſt légitime qu'autant qu'elle eſt fondée ſur une Convention, par laquelle ceux qui en dépendent ſe ſont dépouillez du droit & du pouvoir qu'ils avoient de réſiſter à quiconque voudroit les réduire ſous ſon obéïſſance. (1) Mais oſera-t-on ſoutenir que Dieu n'ait aucun droit de commander à ſa Créature, à moins qu'elle ne ſe ſoumette volontairement à ſon empire? ſurtout s'il eſt vrai, comme Hobbes lui-même l'enſeigne ailleurs (c), que, *dans le Regne Naturel de* Dieu, *le droit que* Dieu *a de regner & de punir, vienne de ſa puiſſance irréſiſtible*: car perſonne, je m'aſſure, ne s'imaginera que les Athées puiſſent reſiſter à la puiſſance de Dieu. Ainſi, à parler proprement, les *Athées* ne ſont point de ſimples Ennemis de Dieu (ſi par *Ennemis* on entend, comme fait *Hobbes*, ceux qui ne ſont ni ſoumis l'un à l'autre, ni dépendans d'un Maître commun) mais ce ſont des Sujets rebelles, *coupables du crime de Leze-Majeſté Divine*; titre qu'*Hobbes* lui-même leur donne (d) en un autre endroit: par la même raiſon que, ſelon lui encore, le *crime de Leze-Majeſté Humaine* conſiſte à témoigner ouvertement par tous

(a) Voyez *Lactant. De Ira Dei*, Cap. VIII. *Ambroſ.* Offic. Lib. I. Cap. XXVI.

(b) *De Cive*, Cap. XIV. §. 19. & XV, 2.

(c) Ibid. Cap. XV. §. 5.

(d) Ibid. Cap. XV. §. 19.

§. IV. (1) Conferez ici ce que nôtre Auteur a déja dit, *Liv.* I. *Chap.* VI. §. 10.

tous ſes diſcours & par toutes ſes actions, qu'on ne veut plus obéïr à une Perſonne ou une Aſſemblée revêtue de l'Autorité Suprême ; c'eſt-à-dire, lorſque l'on ſecoue entierement le joug de l'Obéïſſance Civile. Il eſt faux encore, qu'on ne puiſſe punir les Athées que par le droit de la Guerre, comme ces *Géans* de la Fable contre leſquels les Poëtes nous repréſentent les Dieux armez pour les dompter. Car, outre que, comme nous le prouverons ailleurs, les maux que l'on tâche de faire à un Ennemi ne ſont pas des peines proprement ainſi nommées, un Prince qui prend les armes pour réprimer des Sujets rebelles, n'agit point en cela par droit de Guerre, mais en vertu du droit même de la Souveraineté, qui renferme le pouvoir de ſe faire obéïr par force, lorſque les Sujets ne veulent pas obéïr de bonne grace ; & à plus forte raiſon de réduire à quelque prix que ce ſoit ceux qui ſecouent entierement le joug d'un Souverain légitime. Deſorte que ceux-ci ne ſçauroient en aucune maniere être regardez comme des Ennemis proprement ainſi nommez, qui ayent droit de ſe défendre.

En vain *Hobbes* prétend-il juſtifier ſon opinion par un paſſage des Pseaumes, où le titre d'*Inſenſez* eſt donné aux Athées, qui *diſent* (e) *en leur cœur, qu'il n'y a point de Dieu ;* car c'eſt le ſtile de l'Ecriture Sainte, de traiter d'*inſenſez* non ſeulement ceux qui péchent pas erreur, mais encore ceux qui péchent par malice. Auſſi eſt-ce ſans contredit la plus grande de toutes les folies, que de s'attirer par ſa malice une peine très-rigoureuſe, en ſe laiſſant aller à une opinion d'où il ne revient que peu ou point de plaiſir. Et il n'eſt pas auſſi difficile de parvenir à la connoiſſance de Dieu par les lumieres de la Raiſon, que de trouver la proportion d'une Sphére avec un Cylindre, qui eſt l'exemple dont ſe ſert *Hobbes.* J'avoue que les Idiots & le ſimple Peuple ne ſont guéres en état d'inventer, ni même de comprendre une démonſtration réguliere & Philoſophique de l'exiſtence de Dieu. Mais il ne s'enſuit point de là, que quelqu'un puiſſe impunément nier, ou revoquer en doute une verité ſi claire & ſi univerſellement reconnuë. Car le Genre Humain étant, de tems immémorial, en poſſeſſion perpétuelle de cette créance, quiconque s'aviſe de la combattre, doit non ſeulement détruire d'une maniere ſolide & convaincante toutes les preuves du Sentiment commun ; mais encore alléguer des raiſons plus plauſibles en faveur du ſentiment particulier qu'il veut établir. Et comme on a crû juſques ici que la conſervation & le bonheur du Genre Humain dépendent de la crainte de quelque Divinité, il doit faire voir en même tems, que l'Athéïſme eſt plus utile à la Société que la Religion. Ce qui étant impoſſible, les Athées ne peuvent être regardez que comme coupables & par rapport à Dieu, & par rapport à tout le Genre Humain. On doit même avoir d'autant moins d'indulgence pour ceux qui s'oppoſent à un conſentemeut ſi general de toutes les Nations & de tous les Siécles, que ce ſont toûjours des Eſprits vains, qui veulent ſe diſtinguer & paſſer pour infiniment plus éclairez que le reſte des Hommes (2): deſorte que, s'ils ſont tombez dans une erreur auſſi pernicieuſe & auſſi déteſ-

(e) *Pſeaume XIV.* verſ. 1.

(2) Mr. Bayle, dans ſes *Penſées ſur la Comète*, (Artic. CLXXVII.) diſtingue deux ſortes d'*Athées :* les uns, *qui commencent par douter ;* les autres, *qui finiſſent par douter. Ceux-là ſont pour l'ordinaire de faux Sçavans, qui ſe piquent de raiſon, & de mépriſer les voluptez corporelles. Les autres ſont des ames ſouillées de toute ſorte de vices, & capables des plus noires méchancetez, qui s'appercevant que la crainte des Enfers vient quelquefois troubler leur repos, & comprenant qu'il eſt de leur interêt qu'il n'y ait point de Dieu, tâchent de ſe le perſuader.* Les derniers *deviennent Athées, parcequ'ils ont été méchans,* & *ſont de la plus effroyable malice qui puiſſe tomber dans une ame.* Les autres ſont *incrédules ſans deſſein, & de bonnes mœurs.* Mr. Bernard, dans les *Nouvelles de la République des Lettres*, Novembre 1701, pag. 489. appelle les uns & les autres des *Athées de reflexion :* mais il les diſtingue, en donnant le nom d'*Athées de l'eſprit* à ceux qui ont commencé par douter ; & celui d'*Athées de cœur*, à ceux qui finiſſent par douter. Selon lui, il n'eſt preſque pas

table que l'Athéiſme, ce n'a pas été par imprudence, ni faute de pénétration, mais par une inſolente opinion de leur prétendue ſageſſe (f).

Il n'eſt pas plus difficile de réfuter les argumens dont Spinoza (g) ſe ſert pour appuyer le ſentiment d'Hobbes. Après avoir poſé pour principe, que *dans l'Etat de Nature, quiconque n'a pas l'uſage de la Raiſon peut vivre ſelon les Loix de ſes Déſirs, en vertu du droit abſolu que la Nature lui en donne*; il ſe propoſe cette objection, qu'une pareille maxime ne s'accorde point avec le Droit Divin Révelé. A quoi il répond, que *l'Etat de Nature eſt antérieur à la Religion & par l'ordre du tems & par la nature des choſes*: propoſition très-fauſſe, du moins à l'égard de la Religion Naturelle. Il n'y a pas plus de vérité dans les paroles ſuivantes: *La Nature n'enſeigne à perſonne qu'il doive obéïr à* Dieu. *La Raiſon même toute ſeule eſt incapable de s'élever juſques-là. Il n'y a qu'une Révélation, confirmée par des miracles, qui puiſſe nous fournir cette connoiſſance.* Cela eſt encore inſoûtenable par rapport à la Religion Naturelle; & ainſi il faut rejetter entierement la conſéquence que *Spinoza* en tire, qu'*avant la Révélation perſonne n'eſt ſoûmis aux Loix Divines* (car cela n'eſt vrai que des Ordonnances Poſitives) & que *l'Etat de Nature doit être conçu ſans aucune Religion ni aucune Loi, & par conſéquent ſans péché & ſans injure.* Il ajoûte, que la raiſon pourquoi dans l'Etat de Nature l'Homme eſt libre du joug de la Religion,

(f) Voyez *Jean d'Eſpagne*, Des Erreurs populaires, Sect. I. C. VI. *Bacon, De Augm. Scient.* Lib. III. C. II. & *Serm. fidel.* Cap. XVI. *Platon, De Legib.* Lib. IX. ſub fin.

(g) *Tractat. Theologico-Polit.* Cap. XVI.

poſſible de nier qu'il y ait dans le monde des *Athées de cœur. Peut-être*, ajoûte-t-il, *eſt-il un peu plus difficile de ſoutenir qu'il y ait dans le monde des Athées de l'eſprit, du moins qui ſoient confirmez dans l'Athéiſme: mais il n'y en a, peut-être que trop, qui ſuccombant ſous le poids, quoique leger, de certaines difficultez, viennent à mettre l'exiſtence de Dieu au nombre de ces choſes fort douteuſes, & dont on ne peut bien s'aſſurer, & ont des doutes poſitifs & confirmez ſur ce ſujet.* Mais il y a auſſi, ſelon le même Auteur, des *Athées ſans réflexion, qui ne croyent point de Dieu, parcequ'ils n'y ont jamais penſé, & qu'uniquement attachez à tous les objets ſenſibles, il ne leur eſt jamais venu dans l'eſprit de ſoupçonner, qu'il y eût quelque autre choſe dans le monde que ce qu'ils y voyoient, ni de ſe demander quel étoit le principe de leur être. On ne ſçauroit douter qu'il n'y ait de tels Athées, ſans traiter de fable ce que toutes les Relations nous diſent de la plûpart des Chinois & des Caffres.* Rien n'eſt, à mon avis, plus judicieux que ces reflexions & ce ſyſtême ſur les differentes ſortes d'Athées. Les idées de nôtre Auteur là-deſſus ne paroiſſent pas fort éloignées de l'hypotheſe commune des Théologiens, qui, ſans avoir égard à l'expérience, décident d'une choſe de fait par des raiſonnemens Metaphyſiques. Il ne faut donc pas s'étonner qu'il donne une ſolution trop vague de la queſtion qu'il touche ici en paſſant; ſçavoir, ſi l'on doit punir les Athées? Il ſoutient ailleurs (*Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. IV. §. 2.) qu'il faut leur faire ſouffrir les ſupplices les plus rigoureux; *graviſſimis pœnis coërcenda eſt eorum impietas.* Mr. Titius ſemble dire au contraire, qu'on ne doit jamais en venir à ces extrêmitez contre de telles gens: *La voye des peines*, dit-il *& de la violence, n'eſt pas propre à guérir une perſonne de l'Athéiſme; la peine de ceux qui ſont dans l'erreur, c'eſt d'être inſtruits; il faut les abandonner au jugement de* Dieu. Obſerv. XCV. *in Puffend.* Pour moi j'avouë que ſi un Athée tâche de ſe faire des Sectateurs, dogmatize ouvertement pour ſurprendre les Eſprits foibles, qui ne ſont pas en état de ſe démêler de ſes vaines ſubtilitez, ou pour encourager ceux à qui la corruption de leur cœur donne du panchant pour l'Athéïſme; on peut le punir par la même raiſon que l'on puniroit un homme, qui enſeigneroit qu'il eſt permis de voler ou de commettre des Meurtres, ou de violer la foi donnée. En ce cas-là, les raiſons que nôtre Auteur allégue ſont très-valables, & ceux qui troublent ainſi la Societé, en tâchant de détruire une opinion ſi univerſellement reconnuë, & qui en eſt regardée comme un des plus fermes appuis, ont d'autant moins ſujet de ſe voir traitez comme des Criminels, qu'un Athée, par cela même qu'il eſt Athée, n'a que faire de s'embarraſſer de ce que les autres penſent au ſujet de la Divinité. Content d'avoir pû trouver le malheureux ſecret de ſecouer entierement le joug de la Religion, & de s'applaudir de ſon impieté; bien-loin de ſouhaiter que les autres ſuivent ſon exemple, il doit même être bien aiſe qu'ils ſe confirment dans l'opinion commune, pour profiter, dans le commerce de la Vie, des impreſſions qu'il voit que fait ſur bien des gens la crainte d'une Divinité. (Voyez le raiſonnement que fait Epictete contre les Epicuriens, Diſſ. Arrian. *Lib.* II. *Cap.* XX. & le Commentaire Philosophique, &c. Tome II. pag. 482, 483.) Mais ſi les Athées, ſoit *de l'eſprit*, ou *du cœur*, ne ſe mêlent point de dogmatizer, à quoi bon, & en vertu dequoi les puniroit-on préciſément & directement parcequ'ils ſont Athées? La nature & le but des Peines, que les Tribunaux Humains infligent, ne demande pas, ce me ſemble, qu'elles ſoient miſes en uſage contre de telles gens. Ils ſont aſſez punis par leur propre impieté, s'ils y perſeverent juſqu'à la mort. Mais peut-être qu'ils en reviendront, ſi l'on s'y prend comme il faut pour diſſiper peu-à-peu les vaines ſubtilitez auſquelles ils ſe ſont laiſſez éblouïr. A plus forte raiſon ce que je viens de dire a-t-il lieu à l'égard des *Athées ſans réflexion*, & il n'eſt pas beſoin que je m'étende ici à le faire voir.

c'eſt *d'un côté à cauſe de ſon ignorance, de l'autre à cauſe de la Liberté dont chacun eſt revêtu en venant au monde. Car*, dit-il, *ſi les Hommes étoient naturellement ſujets aux Loix Divines, ou ſi les Loix Divines étoient des Loix Naturelles; pourquoi* DIEU *auroit-il traité avec les Hommes? A quoi bon les lier par des Conventions & par des Sermens?* Mais les Conventions entre DIEU & l'Homme n'ont lieu que dans la Religion Révelée; car l'Homme eſt obligé de pratiquer les Devoirs de la Religion Naturelle, par cela ſeul que DIEU l'a fait un Animal Raiſonnable. Ainſi tombe la concluſion de SPINOZA: Que *le Droit Divin n'a commencé que quand les Hommes s'engageant à* DIEU, *par une Convention expreſſe, de lui obéïr en toutes choſes, ont renoncé en quelque ſorte à leur Liberté Naturelle, & transferé à* DIEU *leur droit, de la même maniere que cela ſe pratique dans les Societez Civiles.* Pour ſoûtenir une propoſition ſi abſurde, il faut néceſſairement ſuppoſer que dans l'Etat de Nature les Hommes ne tiennent pas leur exiſtence de DIEU.

L'Obligation ſe diviſe, 2. En *Naturelle* & *Civile*.

§. V. 2. Il y a une autre diviſion célebre de l'*Obligation*, en *Naturelle* & *Civile*: termes que l'on explique diverſement. GROTIUS (a) dit que par *Obligation Naturelle* on entend quelquefois *celle qui regarde des choſes qu'il eſt naturellement beau & honnête de faire, quoiqu'elles ne ſoient pas véritablement dûës: comme, par exemple, d'acquitter entierement les legs d'un Teſtateur, ſans déduire la* (1) Falcidie; *de payer une dette dont ont eſt déchargé en punition du Créancier* [ou (2) à laquelle on peut oppoſer (b) le Sénatuſconſulte Macédonien]; *de rendre* (3) *bienfait pour bienfait*:

(a) Liv. II. Chap. XIV. §. 6. num. 1.

(b) Voyez les Interprêtes de *Suétone*, Veſpaſ. Cap. 31.

§. V. (1) C'eſt le quart de l'hérédité, que les Loix Romaines affectent à l'Héritier; enſorte que ſi les legs excedent ce quart, l'Héritier ne peut point être obligé à payer le ſurplus. Voyez DIGEST. Lib. XXXV. Tit. II. *Ad Legib. Falcid.* & DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, II. Part. Liv. IV. Tit. III.

(2) Ce qui eſt ici entre deux crochets, eſt ajoûté par nôtre Auteur en forme d'exemple, & c'eſt certainement celui que GROTIUS avoit dans l'eſprit, comme il paroit par les Loix paralleles à celle qu'il indique. GRONOVIUS fait ici une application, qui ne convient ni à la penſée de *Grotius*, ni au Droit Romain, d'où ces exemples ſont pris. Il veut qu'il s'agiſſe d'un Proſcrit, ou de ceux qui étoient bannis de la maniere qu'on appelloit *Interdictio aquâ & igni*. Mais comme les biens de ces gens-là étoient confiſquez, enſorte que ſi l'on payoit au Criminel ce qu'on lui devoit, le Fiſc n'en avoit pas moins action contre le Débiteur, & que d'ailleurs le Criminel ne pouvoit plus être convenu en Juſtice: il eſt clair, que le cas de repétition d'une choſe comme non duë n'avoit ici aucun lieu. Le Débiteur ne faiſoit que changer de Créancier, & s'il payoit à celui qui avoit perdu ſon droit, il s'expoſoit volontairement à payer deux fois. On peut ſeulement faire ici une queſtion, qui ſe rapporte à un autre cas; ſçavoir, ſi lorſque la Dette ne paroit pas, le Debiteur fait bien de payer au Criminel plûtôt qu'aux Fiſc? Sur quoi, voyez ce que je dirai ailleurs, *Liv.* IV. *Chap.* XIII. §. 5. *Note* 5. Au reſte, pour revenir au *Senatuſconſulte Macédonien*, cet Arrêt, ainſi appellé d'un certain Uſurier nommé *Macedo*, défendoit de prêter aux Fils de famille, ſous peine de perdre la Dette; car le Créancier, ou n'avoit point d'action en Juſtice, ou ne pouvoit rien obtenir. Voyez les Interprêtes ſur DIGEST. Lib. XIV. Tit. VI. & DAUMAT, *Loix Civiles*, I. Part. Liv. I. Tit. VI. Sect. IV. Mais ſi le Fils de famille étant délivré de la Puiſſance paternelle, paye ce qu'il avoit emprunté, il ne peut point le redemander enſuite, quand même il auroit cru qu'on pouvoit le contraindre à payer. Voyez *Leg. IX. in fin. & L. X. D. ibid.* & ce que l'on a dit dans la *Note* 3 ſur l'endroit de GROTIUS, que nôtre Auteur rapporte ici. Il remarquoit encore, qu'il y avoit une Loi ſemblable chez les *Lucaniens*: Ἐὰν δέ τις ἀσώτῳ δανείσας χρέος ἐλεγχθῇ, στέρεσθαι αὐτοῦ. „Celui qui aura prêté à un débauché, perdra ſa dette“. NICOL. DAMASC. *de Morib. gentium*, *in* EXCERPT. PEIRESC. pag. 514.

(3) Dans cet exemple, & dans celui d'un Héritier qui paye les Legs entiers ſans deduire la *Falcidie*, on peut diſtinguer l'*Erreur de fait*, & l'*Erreur de Droit*. Un homme croit avoir promis quelque choſe, pour récompenſe d'un Bienfait reçu, quoiqu'il n'y ait point eu de promeſſe de ſa part, ou bien il s'imagine avoir acheté ce qui lui a été donné veritablement: il ſe tromphe dans le fait, & cependant, ſelon GROTIUS & nôtre Auteur, qui ne font aucune diſtinction entre les deux ſortes d'Erreur, il ne peut point redemander en Juſtice ce qu'il a donné par erreur, ou comme une récompenſe promiſe, ou comme un prix d'Achat. Mais cela n'eſt conforme, ni au Droit Naturel, (car l'Erreur ne ſçauroit rendre parfaite une Obligation de ſa nature imparfaite) ni au Droit Romain, comme je l'ai remarqué ſur l'endroit même de GROTIUS, *Note* 4. Voyez auſſi Mr. NOODT, ſur le Titre du DIGESTE, *De condict. Indebit.* pag. 299, 300 Il faut dire la même choſe d'un Héritier qui paye les Legs entiers, dans la fauſſe opinion où il eſt, qu'il lui reſte de quoi faire le quart de l'Héredité: & c'eſt dequoi conviennent les Interprêtes diviſez d'ailleurs par rapport à l'effet de l'erreur de droit. Voici des paroles claires d'une Loi: *Error facti quartæ ex cauſsâ fideicommiſſi non retentæ repetitionem non impedit*, &c.

*toutes choſes qui ,* [ lorſqu'une fois on les a (4) volontairement executées ] *ne laiſſent aucun lieu à l'action perſonnelle de repétition d'une choſe, comme non-duë. Mais on entend auſſi par* Obligation Naturelle, *dans un ſens plus propre, celle qui impoſe une véritable néceſſité, ſoit que par-là quelqu'un acquere envers nous un droit* [ parfait ], *comme dans les Conventions, ſoit qu'elle n'ait point donné de pareil droit à perſonne, comme dans une demie-Promeſſe, accompagnée d'une pleine & ferme réſolution.* On appelle encore *Obligation Civile*, celle *qui n'eſt point fondée ſur le Droit Naturel, mais uniquement ſur le Droit Civil ;* par exemple, l'engagement des (5) Obligations par écrit : ou celle qui eſt également *fondée ſur le Droit Naturel & ſur le Droit Civil : ou enfin tout engagement en vertu duquel les Loix donnent action en Juſtice*, ſans conſidérer s'il eſt de Droit Naturel, ou non. D'autres font une diviſion plus nette, en *Obligation purement Naturelle, Obligation purement Civile*, & *Obligation Mixte*. L'*Obligation purement Naturelle*, c'eſt un engagement fondé uniquement (6) ſur l'Equité naturelle, & qui ne donne point action en Juſtice. L'*Obligation purement Civile*, c'eſt un engagement uniquement fondé ſur le Droit Civil, & qui, à la rigueur, donne action en Juſtice, (7) mais dont on eſt déchargé par le *Droit* (8) *du Préteur*,

COD. Lib. VI. Tit. L. *Ad Leg. Falcid.* Car quoiqu'il s'agiſſe là préciſément de la *Quarte-Trébellianique*, on doit l'appliquer auſſi à la *Falcidie*, où la même raiſon a lieu, & dont il s'agit ſurtout dans ce Titre. Pour ce qui eſt de l'Erreur de droit, ceux-mémes qui tiennent d'ailleurs qu'elle autoriſe à repeter ce qu'on a donné, admettent ici une exception à l'égard de la *Falcidie*, fondez ſur la même Loi, où il eſt dit expreſſément : *Quin etiam ſi jus ignoraverit, ceſſat repetitio.* Quelques-uns auſſi exemptent encore le cas où l'on a cru par erreur être abſolument obligé à la reconnoiſſance, ſans quoi on n'auroit point donné. Mais on n'a pas encore bien prouvé, que ni l'un ni l'autre de ces cas ne ſoit pas conforme à la regle générale du Droit Romain, & l'on ne s'eſt aviſé de cet expédient, que pour éluder la generalité de la Loix X. du CODE, Tit. *De Jur. & facti ignorant ;* qui forme une objection inſoluble : comme on n'en eſt venu à faire aller de pair l'Erreur de Droit & l'Erreur de fait, dans la *Condictio indebiti* en général, que parce qu'on a bien ſenti qu'il eſt contraire à l'Equité naturelle de donner ici un plus grand privilége à l'Erreur de fait qu'à l'Erreur de Droit. Mais les Juriſconſultes Romains n'étoient nullement infaillibles, & ils ont été éblouïs ici par un principe qui a d'ailleurs ſon uſage, c'eſt que chacun peut & doit ſçavoir ce qui regarde le Droit. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT, page 298, 299.

(4) C'eſt-à dire, de ſon bon gré & ſans contrainte, mais par erreur. Car de quelque nature que ſoit la Dette à titre de laquelle on paye, ſi l'on ſçait qu'on ne doit rien effectivement, on n'a jamais cette faculté de repeter une choſe comme non duë, que les Juriſconſultes Romains appellent *Condictio indebiti.* C'eſt alors, ſelon eux, un don que l'on fait : *Et quidem ſi quis indebitum ignorans ſolvit, per hanc actionem condicere poteſt : ſed ſi ſciens ſe non debere, ſolvit, ceſſat repetitio.* DIGEST. Lib. XII. Tit. VI. *De condict. Indeb.* Leg. I. *Cujus per errorem dati repetitio eſt, ejuſdem conſulto dati donatio eſt.* Lib. L. Tit. XVII. *De div. Reg. Jur.* Leg. LIII. En effet, ou doit être d'autant plus cenſé renoncer à la repétition, qu'en ſuppoſant une Dette on témoigne ne vouloir pas même que celui à qui l'on donne nous en ait obligation.

(5) *Obligatio, quæ fit per literas*, ou, comme parlent les Juriſconſultes Romains, *Literarum obligatio.* C'eſt lorſqu'on reconnoit par écrit avoir reçu une certaine ſomme qu'on n'a point reçuë effectivement, & que l'on eſt néanmoins obligé de payer, ſi l'on a laiſſé paſſer deux ans ſans redemander ſon billet, ou prendre ſes ſuretez. Voyez INSTIT. Lib. III. Tit. XXII. *De Literar. obligat.* & là-deſſus les Interprêtes, comme auſſi nôtre Auteur ci-deſſous. *Liv.* V. *Chap.* II. §. 6.

(6) Par exemple, ſi un Mineur a emprunté quelque choſe ſans le conſentement de ſon Curateur, le Créancier ne peut rien demander en Juſtice. Mais le Mineur ne laiſſe pas d'être obligé naturellement, ou en conſcience, de rendre ce qu'il a emprunté. Voyez ci-deſſous, Chap. VI. §. 4. Note 5.

(7) Cela ſe voit, par exemple, dans l'Exception de *Dol*, ou de ce qui a été fait par crainte ( *Quod metûs cauſſâ* ) &c. Mais au fond ces ſortes d'Obligations purement Civiles ſe réduiſent à rien, & les Juriſconſultes Romains l'ont eux mêmes reconnu : *Nihil intereſt*, diſent-ils, *ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* DIGEST. *De diverſ. Reg. Juris*, Leg. CXII. Voyez Mr. NOODT, *de forma emendandi Doli mali*, Cap. V.

(8) Le *Droit du Préteur* ( *Jus Prætorium* ) eſt une partie conſiderable du *Droit Romain*, laquelle tire ſon origine des *Edits* annuels que publioit chaque *Préteur*, ou Magiſtrat revêtu d'une Juriſdiction Civile pour une année ſeulement. Ces Edits, par leſquels le Préteur expliquoit, ou corrigeoit, ou ſuppléoit, ce qu'il trouvoit obſcur ou défectueux dans le Droit ·crit où les Coûtumes reçuës ne pouvoient que varier beaucoup, & ils n'acqueroient force de Loi que par l'Uſage, juſqu'à ce que *Salvius Julianus* en compoſa, par ordre de l'Empereur *Hadrien*, un *Edit Perpetuel*, qui depuis eut la même autorité que les autres parties du Droit Romain, dont il demeura néanmoins diſtingué & par ſes effets, & par le nom de *Droit du Préteur*, oppoſé au *Droit Civil.* Car on entendoit par *Droit Civil*, 1. Les *Loix*, proprement ainſi nommées, qui avoient été établies ſur la propoſition de quelque Magiſtrat du Corps du Sénat. 2. Les *Plebiſcites*, ou Ordonnances du *Peuple*, faites ſur la propoſition de quelqu'un des Magiſtrats qu'il choiſiſſoit lui-même

qui fournit là-deſſus une exception (9) peremtoire & perpetuelle. L'*Obligation Mixte* enfin, c'eſt un engagement également ſoûtenu & par l'Equité naturelle, & par l'autorité du Droit Civil (c).

(c) Voyez ſur tout ceci les Interprêtes du Droit Romain.

Quelle eſt la force de ces deux ſortes d'Obligation.

§. VI. Pour moi, il me ſemble qu'il ne faut pas tant conſidérer ici l'origine & le fondement des *Obligations*, ſoit *Naturelles*, ou *Civiles*, que leur force & leurs effets dans la Vie commune. Par *Obligation Naturelle*, j'entens donc celle qui eſt fondée ſur la Loi Naturelle toute ſeule; & par *Obligation Civile*, celle qui eſt appuyée de l'autorité des Loix & du Souverain. La force de l'une & de l'autre peut être enviſagée, ou *par rapport à celui en qui l'Obligation réſide comme dans un ſujet*, c'eſt-à-dire, celui qui y eſt ſoûmis, ou *par rapport à celui qui en eſt l'objet*, c'eſt-à-dire, envers qui l'on n'eſt tenu de faire telle ou telle choſe. Au premier égard, *la force de l'Obligation Naturelle* conſiſte principalement à agir ſur la Conſcience, c'eſt-à-dire, à nous convaincre interieurement qu'en manquant à une pareille Obligation on commet une action contraire à la volonté de Dieu, qui, étant l'Auteur du Genre Humain, a droit de nous impoſer des Loix, & de punir ceux qui les violeront. J'avoue qu'on ne voit pas bien diſtinctement dans l'idée de la Loi Naturelle quelque peine expreſſe qui y ſoit attachée; mais il n'y a aucune apparence que cette Loi ſoit dénuée de toute *Sanction pénale*, & que l'on n'ait pas plus à craindre de la part du Souverain Légiſlateur, en la violant qu'en la pratiquant. Pluſieurs raiſons nous perſuadent le contraire; mais cela paroît ſurtout par les remors de la Conſcience, (a) qui tourmentent les Méchans, ceux-là même qui eſperent de dérober leurs crimes à la connoiſſance des Hommes, & d'échapper à leur Vengeance. Car de dire, que ces remors viennent de pure ſimplicité ou foibleſſe d'Eſprit, de la coûtume, de l'appréhenſion des Châtimens humains, & non pas d'un principe plus relevé, ou de la crainte des Jugemens divins; c'eſt ce qu'un homme-de-bien ne ſe perſuadera jamais. J'ai même de la peine à croire, que jamais aucun Athée ſoit venu à bout de bannir entierement les frayeurs de la Conſcience. Il y a beaucoup d'apparence que ſi les Impies s'étourdiſſent pour un tems ſur la crainte d'une Divinité, cela ne ſert qu'à rendre enſuite leurs remors plus violens. Ces Libertins *qui* (1) *négligent les actes de Religion*, *ſont* ordinairement *obligez*, *après avoir pendant quelque tems ſuivi aveuglément les maximes d'une Philoſophie inſenſée*, *de tourner leurs voiles & de reprendre*, tout effrayez, *la route qu'ils avoient quittée*.

(a) Voyez *Ciceron, Pro Sext. Roſc.* Cap. XXIV. & *Selden, de Jur. Nat. & Gent. ſecund. Hebr.* Lib. I. Cap. IV. p. 49. & ſeqq. *Edit. Argentor.*

Il n'y a proprement que les Obligations Naturelles qui agiſſent immédiatement ſur la Conſcience; mais elles ne laiſſent pas de communiquer la même vertu à toute Obligation Civile qui ne renferme rien de contraire au Droit Naturel. Ces deux ſortes d'Obligation ont encore ceci de commun, que l'on doit s'en acquitter volontairement & avec une pleine délibération. Car la principale différence qu'il y a entre l'*Obliga-*

de ſon Ordre. 3. Les *Senatuſconſultes*, ou Arrêts du *Senat* ſeul. 4. Les Déciſions des *Juriſconſultes*, autoriſées par la *coûtume*, 5. Qui par elle-même avoit auſſi force de Loi. 6. Enfin les *Conſtitutions des Princes*, ou Empereurs. On peut voir là-deſſus les Interprêtes, ſurtout Mr. Noodt, & Mr. Schulting, *in Tit. Dig. De Orig. Juris*; & les *Interpretationes Jur. Civ.* de Mr. Averani, Lib. I. Cap. 6.

(9) Voyez les Institutes, Lib. IV. Tit. XIII. *De Exceptionibus*. §. 9. Ces Exceptions ne venoient pas toutes de l'Edit du Préteur, comme il paroit par l'exemple même du *Senatuſconſulte Macédonien*, qu'on a allegué ci-deſſus, & par le §. 7. du Titre des Institutes.

§. VI. (1) *Parcus Deorum cultor, & infrequens,*
*Inſanientis dum ſapientiæ*
*Conſulus erro: nunc retrorſum*
*Vela dare, atque iterare curſus*
*Cogor relictos* —— ——

Ce ſont les termes d'Horace, Lib. I. Od. XXXIV. verſ. 1. & ſeqq. dont nôtre Auteur ſe ſert ici, ſans en avertir; quoique, comme l'a très-bien remarqué Mr. Dacier, ce Poëte parle ici en ſe moquant.

*tion* & la *Contrainte*, conſiſte en ce que la *Contrainte* nous porte à faire quelque choſe contre nôtre inclination, & uniquement à cauſe d'une force majeure qui vient du dehors: au lieu que l'*Obligation* nous détermine à agir par un principe intérieur, & par la perſuaſion où l'on eſt de la juſtice des Devoirs qu'elle nous impoſe.

L'*Obligation Naturelle* & l'*Obligation Civile*, conſidérées *par rapport à celui qui en eſt l'objet*, conviennent encore en un point, c'eſt que chacun reçoit & poſſède à juſte titre, tout ce à quoi il a droit en vertu de l'une ou de l'autre. Mais ſi l'on néglige, ou que l'on refuſe de s'acquitter volontairement envers lui de ce qu'on lui doit, il y a quelque difference dans la maniere dont il peut maintenir ſon droit, ſelon que l'Obligation eſt *Naturelle*, ou *Civile*; & ſelon que l'on vit dans l'Etat de Nature, ou dans une Societé Civile. Dans l'indépendance de *l'Etat de Nature*, lorſqu'il s'agit de choſes que la Loi Naturelle nous ordonne de faire en faveur d'autrui de nôtre pur mouvement, & ſans nous y être engagez nous-mêmes, comme ſont les Devoirs de l'Humanité & de la Charité, perſonne ne ſauroit rien exiger que par des voyes de douceur, c'eſt-à-dire, par des ſollicitations, par des exhortations, par des remontrances, ou par des prieres; & toute violence eſt ici illicite, hors les cas d'une extrême néceſſité. (2) La raiſon en eſt, à mon avis, que la Societé Humaine pouvant être aſſez tranquille ſans la pratique de ces ſortes de Devoirs, la Nature a voulu qu'ils ſerviſſent d'ample matiere à former & entretenir parmi les Hommes une bienveillance mutuelle; car ce que l'on a droit d'exiger par force, n'eſt pas auſſi capable de gagner les cœurs que ce qui peut être refuſé impunément. Mais pour ce qui regarde les Obligations fondées ſur un Engagement volontaire, lorſque quelqu'un y manque, on peut avoir recours à la force pour en obtenir l'effet, par la même raiſon & avec autant de juſtice que l'on peut défendre, à main armée, contre les entrepriſes d'un injuſte Aggreſſeur, tous les biens que l'on poſſede actuellement.

Les *Obligations Civiles*, c'eſt-à-dire, celles qui ſont ſoûtenues de l'autorité des Loix Civiles, donnent action en Juſtice, enſorte que ſi quelqu'un refuſe de nous rendre ce qu'il nous doit en vertu d'une telle Obligation, on peut le citer devant le Magiſtrat qui a droit de l'y contraindre. A l'égard des Obligations Naturelles auſquelles les Loix Civiles n'ont point prêté leur autorité, l'obſervation en eſt abandonnée à la conſcience & à l'honneur de chacun; deſorte que les Citoyens ne peuvent point avoir recours à la force pour ſe faire rendre ce qui leur eſt dû de cette maniere. Et pour déterminer à quelles de ces Obligations il faut donner force de Loi dans le Tribunal Humain, les Légiſlateurs conſiderent avec ſoin l'influence qu'elles ont ſur la tranquillité intérieure d'un Etat. (3) Ainſi comme ce ſeroit une ſource perpétuelle de procès, ſi pour la moindre bagatelle on pouvoit aller rompre la tête aux Juges, ce ſeroit auſſi lâcher la bride aux déſordres que d'imiter ces anciens Peuples, (4) *chez qui l'on n'avoit action en Juſtice que pour cauſe de Meurtre ou d'Outrage; car*, diſoient-ils, *ce ſont des injures contre leſquelles on ne ſauroit ſe précautionner: au lieu que chacun peut éviter d'être trompé dans un Contract, en prenant bien garde avec qui il a affaire.*

3. L'Obligation ſe diviſe en *Obligation Perpetuelle*, & *Obligation à tems*.

§. VII. 3. On peut encore diviſer l'*Obligation* en *Obligation Perpétuelle*, & *Obligation à tems*. La premiere, c'eſt celle qui ne ſauroit être détruite qu'avec la perſonne à qui elle eſt attachée. Telle eſt l'Obligation Naturelle qui a Dieu pour objet; car

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. VII. §. 7. & Liv. II. Chap. VI. §. 5.

(3) Voyez Liv. VIII. Chap. I. §. 1.

(4) Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. II. §. 3. où l'Auteur rapporte la même choſe, après Strabon.

les Devoirs qu'elle renferme ſont ſi indiſpenſables, qu'on ne doit même jamais en ſuſpendre entierement les actes. Telle eſt auſſi l'Obligation d'où découle tout ce que les Hommes ſe doivent naturellement les uns aux autres, conſiderez comme tels; car perſonne ne peut s'en dégager abſolument, tant qu'il fait partie du Genre Humain. J'avoue que les effets en ſont quelquefois ſuſpendus, du moins en partie; ce qui arrive, lorſque l'on entre en état de Guerre par rapport à quelqu'un; car l'Obligation étant réciproque, ſi l'on vient à y manquer d'un côté, & à exercer des actes d'hoſtilité, au lieu des Devoirs de l'Humanité, celui avec qui l'on en agit ainſi eſt réduit à l'impoſſibilité de pratiquer de ſon côté les Devoirs de la Paix, & à la néceſſité de défendre ſa vie & ſes droits, en faiſant même du mal à ſon injuſte Aggreſſeur. Mais cela n'empêche pas que l'Obligation en elle-même ne demeure perpétuelle, entant que l'on doit être diſpoſé à pratiquer de nouveau par rapport à un Ennemi, les Devoirs de l'Humanité & de la Paix, auſſi-tôt que l'interêt de nôtre propre conſervation nous le permettra. Il y a auſſi quelques Obligations Acceſſoires, que l'on met ordinairement au rang des Obligations Perpétuelles. Tels ſont les Devoirs des Enfans envers leurs Peres, & les engagemens du Mariage, comme nous le verrons en ſon lieu (1). Pour les *Obligations à tems*, ce ſont celles qui peuvent être éteintes, du vivant même de ceux à qui elles ſont attachées.

§. VIII. 4. COMME il y a très-ſouvent des Obligations qui ſe répondent l'une à l'autre, on peut auſſi les diviſer en *Réciproques* & *Non-réciproques*. *L'Obligation non-reciproque*, c'eſt lorſque l'on eſt tenu de faire quelque choſe envers un autre, ſans que celui-ci ſoit dans aucune Obligation qui l'engage à quelque choſe d'équivalent. Telle eſt l'Obligation des Hommes envers DIEU; car ils lui doivent une obéïſſance abſolue, ſans que lui de ſon côté ſoit tenu en aucune maniere, par un principe (1) extérieur d'Obligation, de rien faire en leur faveur pour récompenſer leur obéïſſance. A l'égard des Obligations où les Hommes ſont les uns par rapport aux autres, ſi vous en exceptez un petit nombre de Contracts obligatoires d'une part ſeulement, il n'y en a aucune qui ne ſoit réciproque; car l'égalité naturelle des Hommes ne permet pas qu'un Homme ſoit dans quelque Obligation à l'égard d'un autre, ſans que celui-ci lui doive rien à ſon tour. On ne ſçauroit non-plus (2) concevoir de ſociabilité entre des perſonnes qui n'auroient aucun lien commun, & entre leſquelles il ne devroit ſe faire aucun commerce de ſervices; mais dont l'une ſeroit tellement pour l'autre, que celle-ci ne fût de ſon côté tenuë à rien envers elle. Les Hommes, en établiſſant la diverſité des états & des conditions, n'ont pû non-plus conferer à aucun d'eux un droit ſi éminent & ſi abſolu, qu'il l'exemtât de toute Obligation & de tout Devoir par rapport à autrui (3). 4. En Obligations *réciproques*, & *non-réciproques*.

§. IX. LES *Obligations Réciproques*, ce ſont celles qui ſe répondent l'une à l'autre, enſorte que celui à qui l'on doit quelque choſe eſt dans une Obligation mutuelle, Toutes les Obligations Réciproques ne le ſont pas également.

§. VII. (1) Voyez Liv. VI. Chap. I. & II.

§. VIII. (1) L'Auteur s'exprime ainſi par oppoſition à ce que les Vertus de DIEU demandent de lui. Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. I. §. 3. & Chap. III. §. 5.

(2) Il y a dans l'original, *car on ne ſçauroit*, &c. Mais comme cette période ne contient pas, du moins directement, la raiſon de ce que l'Auteur a dit dans la précédente, j'ai ſoupçonné qu'au lieu d'*etiam* il ne ſe ſoit gliſſé ici un *enim*, par l'inadvertence ou de l'Auteur, ou des Imprimeurs; quoique ce mot ſe trouve auſſi dans la derniere Edition de 1706. dont Mr. HERTIUS a eu ſoin.

(3) On ne peut ſoûtenir cela, ſans empieter ſur les droits de DIEU, qui impoſe ces Devoirs aux Hommes par la conſtitution de leur propre nature. Et c'eſt ce qu'il faut bien remarquer, pour comprendre la juſte étenduë des droits du Souverain, qui ne ſont fondez que ſur ce que chacun a voulu & a pû lui accorder de pouvoir ſur lui-même. Voyez ce que je dirai dans les Notes ſur Liv. VII. Chap. VIII.

qui l'engage à faire quelque autre choſe pour nous en vûë de l'Obligation où l'on eſt à ſon égard (1). Ces ſortes d'*Obligations* ſont *Réciproques* ou *entierement*, ou *avec quelque inégalité*. Les dernieres, ce ſont celles qui s'entre-répondent inégalement, enſorte que l'une n'eſt pas de même nature, ou n'a pas autant de force que l'autre. Cette différence vient principalement de deux cauſes; ou de l'inégalité des conditions, qui fait que l'un a droit de commander, & que l'autre eſt obligé d'obéir; ou de ce que des perſonnes, d'ailleurs égales, ont voulu d'un commun accord ne s'engager entr'elles qu'avec quelque inégalité; car toutes les Obligations n'ont pas une égale force; les unes font acquérir à celui qui en eſt l'objet, un droit parfait en vertu duquel il peut exiger à la rigueur ce qu'on lui doit, employant pour cet effet ou les voyes de la Guerre, ou les voyes de la Juſtice, ſelon que l'on vit ou dans la Liberté Naturelle, ou dans la Societé Civile. Les autres ne donnent qu'un droit imparfait, qui n'autoriſe point à ſe faire rendre par force ce qu'on nous doit. Les *Obligations inégalement réciproques pour la premiere des deux raiſons* que nous avons alléguées, ce ſont, par exemple, celles qu'il y a entre un Souverain & ſes Sujets; un Etat, & ſes Citoyens; un Maître, & un Serviteur; un Pere, & ſes Enfans, &c. Nous traiterons de tout cela en ſon lieu. A l'égard des *Obligations inégalement réciproques pour l'autre raiſon*, elles ont lieu ſurtout dans les Promeſſes gratuites & dans leur execution. Car lorſqu'on promet une choſe à quelqu'un gratuitement, on entre dans une Obligation parfaite de tenir ſa parole, enſorte qu'il a un plein droit d'en exiger l'accompliſſement. Cependant, comme on n'a point ſtipulé qu'il fît de ſon côté en nôtre faveur quelque choſe d'équivalent, il n'y eſt tenu que par les Loix de la Reconnoiſſance, qui n'impoſent pas, à beaucoup près, une Obligation auſſi forte & auſſi indiſpenſable que les Loix de la Fidélité & de la Juſtice. En effet, on ne compte pas beaucoup pour l'ordinaire ſur une Obligation vague & indéterminée, comme celle de la Reconnoiſſance, & lorſqu'une perſonne nous paye d'ingratitude, on ne croit pas y avoir perdu grand' choſe. Il y a pourtant des gens qui ſoûtiennent, que la Nature donne un droit parfait d'obliger un Ingrat à reconnoître les bienfaits qu'il a reçus, (2) quoique parmi la plûpart des Peuples on n'ait point action pour ce ſujet devant les Tribunaux Humains. Mais ils ſe trompent, & la raiſon dont ils prétendent appuyer leur ſentiment, n'eſt point concluante: car de ce que la néceſſité de reconnoître les graces, eſt plus indiſpenſable que celle de les faire, il ne s'enſuit point que les Bienfaits reçus donnent au Bienfaicteur un droit parfait d'exiger quelque reconnoiſſance de celui qui n'avoit qu'un droit imparfait à ces bienfaits; (3) puiſqu'il peut y avoir différens degrez dans les Obligations de même nature, (4) ſurtout lorſque l'on compare enſemble des Devoirs qui doivent être pratiquez en même tems (a).

(a) Voyez *Boecler*, ſur *Grotius*, Lib. I. Cap. I. §. 4.

CHAPITRE

§. IX. (1) Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. II. §. 5.

(2) Voyez ci-deſſus, Chap. III. §. 17.

(3) Pour achever le raiſonnement de l'Auteur, il faut ſe ſouvenir, que le fondement de la difference du *droit parfait* & *imparfait*, c'eſt l'influence neceſſaire, ou non-neceſſaire qu'a une choſe ſur l'entretien de la paix & de la ſocieté entre les Hommes, & non pas ſimplement le degré d'obligation où l'on eſt en matiere de cette choſe. Ainſi, quoique l'on ſoit plus indiſpenſablement obligé aux Devoirs de la Reconnoiſſance qu'à ceux d'une ſimple Beneficence, les premiers ne doivent pas pour cela autoriſer à uſer des voyes de la force ou de la Juſtice, plûtôt que les derniers; parceque ni les uns ni les autres ne ſont de telle nature, que le maintien de la Paix & de la Societé en demande néceſſairement la pratique. Il y a même des cas où les Devoirs de la Reconnoiſſance doivent ceder à ceux de la Bénéficence, comme lorſque le bienfaicteur peut ſe paſſer, ou du moins ſans beaucoup de peine, d'une choſe dont une perſonne indifferente a grand beſoin.

(4) Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, Liv. V. Chap. XII. §. 23.

CHAP. V.

# CHAPITRE V.

## *De la* Nature des Promesses *&* *des* Conventions *en général.*

*Quelle eſt l'origine & le fondement des Obligations Acceſſoires. Ce que c'eſt qu'une Promeſſe & une Convention.*

§. I. Outre les Obligations Naturelles, il y a, comme nous l'avons dit, des *Obligations Acceſſoires*, qui proviennent d'un Acte propre de celui qui y eſt aſſujetti, & en vertu deſquelles les autres acquierent un Droit qu'ils n'avoient point auparavant. Car ces deux choſes vont toûjours de compagnie, enſorte que, dès-là qu'une perſonne entre dans quelque Obligation, il ſurvient auſſi-tôt à une autre perſonne un Droit qui y répond; n'étant pas poſſible de concevoir que l'on ſoit tenu de faire une choſe, s'il n'y a quelqu'un qui puiſſe l'exiger de nous, ou du moins l'accepter légitimement. Mais au contraire le Droit d'une perſonne n'emporte pas toûjours néceſſairement une Obligation attachée à quelque autre; car quoique le Souverain, par exemple, ait droit de punir les Criminels, ceux-ci ne ſont pas pour cela (1) obligez de ſubir la peine. A moins qu'on ne veuille dire, qu'à prendre le terme de *Droit* préciſément pour un titre en vertu duquel on peut convenablement & légitimement avoir quelque choſe, il ſuppoſe toûjours dans quelqu'autre perſonne, une Obligation qui y réponde: mais que ſi par *Droit* on entend le pouvoir de faire légitimement quelque choſe, il ne ſuppoſe pas toûjours une Obligation d'autrui.

Quoiqu'il en ſoit, il eſt certain que toutes les *Obligations Acceſſoires* proviennent d'un Acte Obligatoire, ou d'une (a) part ſeulement, ou des deux (b) côtez. Le premier s'appelle (2) une Promesse gratuite; & l'autre, une Convention.

(a) Μονοπλεύρως.

(b) Διπλεύρως.

Chap. V. §. I. (1) Cela n'eſt pas vrai abſolument. Voyez ce que je dirai dans les Notes ſur Liv. VIII. Chap. III. §. 4, 5. Mr. Thomasius, pour faire voir que le *Droit* & l'*Obligation* ne s'entre-répondent pas toûjours, allégue l'exemple de deux hommes, qui dans un naufrage, ſe trouvant ſur une planche ſi étroite qu'elle ne peut pas les ſoûtenir tous deux, ont droit l'un & l'autre de chaſſer ſon compagnon; & par conſequent il n'y a aucune obligation qui y réponde de part ni d'autre. *Fundament. Jur. Nat. & Gent.* &c. Lib. III. Cap. VII. §. 14. Mais cela prouve ſeulement qu'il y a des cas où le droit qu'on a devient inutile par le conflict d'un droit tout ſemblable dans quelque autre perſonne: de même que certains Devoirs s'entrechoquent quelquefois, enſorte que les uns ou les autres doivent ceder en certaines circonſtances, ſans ceſſer pour cela d'être moins obligatoires en général. Dans l'exemple de la planche, il faut ſuppoſer comme je l'ai dit ailleurs, qu'elle n'appartienne pas plus à l'un qu'à l'autre, & que l'un ne s'en ſoit pas déja ſaiſi ſeul; car alors le droit de Proprieté, ou le droit de Premier Occupant, impoſent l'obligation de ceder à celui qui a pour lui quelqu'un de ces deux titres. Mais tout autre qui ne ſe trouvera pas dans le même cas, fût-ce celui à qui la planche appartient, ne ſçauroit légitimement empêcher qu'on ne ſe ſerve, pour ſauver ſa vie, de cet inſtrument que la Providence nous fournit: bien-loin de là, il doit nous aider, s'il peut, à nous en ſaiſir. Mr. Gundling, Profeſſeur à *Hall*, a allegué contre moi, comme de ſon chef, le même exemple, dans ſon *Jus Nat. & Gent. Cap.* XXXVI. §. 44. ſans rien répondre à ce que j'avois dit là-deſſus dans la ſeconde Edition de cet Ouvrage, publiée en 1712. J'examinerai en ſon lieu quelque autre choſe qu'il dit au même endroit.

(2) Mr. Carmichael, Profeſſeur à *Glaſgovv* (dans ſes Notes ſur l'Abregé *De Offic. Hom. & Civ.* Lib. I. Cap. IX. §. 5.) objecte à nôtre Auteur, que les Engagemens obligatoires d'une part ſeulement ne ſont pas toûjours gratuits; & il en allégue pour exemple le *Prêt à conſomtion* (*Mutuum*), & les *Tranſactions*. Mais cela prouve ſeulement, que dans certains Engagemens il y a un mélange de *Promeſſe gratuite*, & de *Convention*. A conſiderer l'acte de celui qui promet de prêter ou qui prête actuellement quelque argent à un autre, ſans exiger aucun interêt, il n'y a point d'obligation réciproque qui y reponde, puiſque celui qui reçoit l'argent ne s'engage à rien donner pour l'uſage qu'il en fera, & qui eſt ce en quoi conſiſte la matiere de l'Engagement de la part d'un tel Créancier; car le Créancier promet de laiſſer gratuitement au Débiteur l'uſage de ſon argent, pour un certain tems ou déterminé ou indéterminé. Mais puiſqu'on ne donne pas gratuitement l'argent prêté, il s'enſuit de là, que le Débiteur doit s'engager à le rendre; ce qui ne fait que remettre les choſes dans l'état où elles doivent être pour ne pas étendre l'engagement du Créancier au-delà de ce qu'il a promis. La reſtitution de l'argent ainſi prêté, ne procure au Créancier aucune utilité équivalente au ſervice qu'il a rendu en le prêtant. Ce que je viens de dire, paroît auſſi clairement dans les Tranſactions où l'on relâche quelque choſe de ſon droit, mais non pas tout.

En quoi conſiſte, ſelon *Hobbes*, la *ceſſion que l'on fait à autrui de ſon droit.*

§. II. On convient généralement que, dans toute Promeſſe & dans toute Convention, le Promettant ou le Contractant céde à autrui le droit qu'il avoit ſur quelque choſe. Il faut donc d'abord examiner ici en quoi conſiſte cette *ceſſion de droit.*

HOBBES (a) poſe pour principe, conformément aux idées qu'il s'étoit faites de l'Etat de Nature, que chacun ayant naturellement droit ſur toutes choſes, l'uſage de ce droit produiroit une Guerre univerſellement de chacun contre tous, laquelle, bien-loin de contribuer à leur conſervation, tendroit à la deſtruction certaine du Genre Humain. Or la Raiſon ordonnant aux Hommes de ſe conſerver, & par conſéquent de rechercher la Paix, elle leur preſcrit par cela même de céder une partie du droit que chacun a ſur toutes choſes. *Hobbes* ajoûte, que l'on *céde ſon droit* en deux manieres. 1. En y *renonçant* ſimplement; c'eſt-à-dire, en temoignant, par des ſignes convenables, que l'on veut deſormais n'avoir plus la liberté de faire telle ou telle choſe que l'on avoit avant cela plein pouvoir de faire. 2. En *transferant ſon droit à autrui;* c'eſt-à-dire, en déclarant, par des ſignes convenables, à une perſonne qui accepte la ceſſion, que l'on conſent à ne plus avoir la liberté d'empêcher qu'elle faſſe une certaine choſe, comme l'on pouvoit auparavant s'y oppoſer de plein droit. Deſorte que, ſelon cet Auteur, le *tranſport de droit* conſiſte dans une ſimple *ceſſation d'empêchement;* c'eſt-à-dire, que dans l'Etat de Nature, lorſqu'on transfere ſon droit à quelqu'un, on ne lui donne pas un nouveau droit, on ne fait que le laiſſer jouïr ſans obſtacle du droit qui lui étoit commun avec nous, en ſe dépouillant ſoi-même de la liberté qu'on avoit de s'oppoſer légitimement à cet uſage. Et voici comment *Hobbes* prouve cette propoſition, ſelon ſes principes. Celui, dit-il, à qui l'on tranſfere ſon droit, ayant lui-même auparavant droit ſur toutes choſes auſſi-bien que nous, il n'étoit pas poſſible de lui conferer un nouveau droit. Tout ce qui lui revient de là, doit donc conſiſter uniquement en ce qu'il ne trouve plus en nous la juſte oppoſition qui l'empêchoit de jouïr de ſon droit naturel. Ainſi, dans l'indépendance de l'Etat de Nature, quiconque acquiert quelque droit ne fait qu'être mis en état de jouïr ſûrement, & ſans qu'on puiſſe légitimement l'en empêcher ou l'inquieter, du droit originaire qu'il tient de la Nature même. Par exemple, ſi dans l'Etat de Nature on vend ou l'on donne une terre, on ſe dépouille ſoi-même du droit que l'on avoit ſur cette terre, en faveur de celui qui l'achete ou la reçoit en pur don, déclarant qu'on ne veut pas déſormais l'empêcher d'en jouïr; mais c'eſt ſans préjudice du droit que tous les autres ont naturellement ſur ce même fonds.

(a) *De Cive*, Cap. II. §. 3. & *ſeqq.*

Le droit de chacun ſur toutes choſes, de la maniere que *Hobbes* l'entend, eſt une pure chimere.

§. III. Mais, comme nous l'avons fait voir (a) ailleurs, l'Etat de Guerre n'eſt point un état naturel aux Hommes, qui au contraire ſont deſtinez par leur condition originaire à vivre en ſocieté les uns avec les autres. Ainſi nous n'avons garde d'admettre la conſéquence qu'HOBBES tire de ſon faux principe, je veux dire, ce prétendu droit que chacun ait eu, ou qu'il ait du moins pû avoir ſur toutes choſes, d'une maniere qui eût quelque effet par rapport à autrui. Car tout pouvoir naturel de faire une choſe n'eſt pas un droit proprement ainſi nommé, mais ſeulement celui qui emporte quelque effet moral par rapport à nos ſemblables. Le Cheval de la Fable, par exemple, avoit un pouvoir naturel de paître dans le Pré où il ſe trouvoit; le Cerf en avoit un pareil: cependant ni l'un ni l'autre n'étoit revêtu d'aucun droit, parceque ce pouvoir commun à tous les deux n'impoſoit aucune Obligation ni à l'un ni à l'autre. De même, lorſqu'un Homme ſe ſert des Choſes inanimées, ou des Bêtes, il ne

(a) Liv II. Chap. II. §. 7. & *ſuiv.*

fait qu'exercer un pouvoir purement phyſique, à conſiderer cet uſage préciſément par rapport aux Choſes inanimées, ou aux Bêtes, ſans aucun rapport aux autres Hommes. Mais auſſi-tôt que les autres Hommes entrent dans l'obligation de ne pas empêcher qu'il faſſe uſage de ſon pouvoir, & de ne point ſe ſervir de ces Choſes ou de ces Animaux ſans ſon conſentement; alors ce pouvoir acquiert force de droit: Car il eſt ridicule de donner le nom de droit à un pouvoir dont on ne ſauroit faire uſage, ſans que tous les autres ayent un droit égal de nous en empêcher. Je conviens donc avec *Hobbes*, que naturellement chacun a le pouvoir de faire ſervir à ſes uſages toutes les Créatures inanimées, & toute ſorte de Bêtes. Mais je ſoutiens que ce pouvoir, conſideré préciſément en lui-même, ne ſauroit être proprement appellé un droit; tant parceque les Choſes inanimées & les Animaux deſtituez de Raiſon ne ſont dans aucune obligation de ſe livrer à nos beſoins, qu'à cauſe que l'égalité naturelle des Hommes ne permet pas qu'un ſeul d'entr'eux s'approprie légitimement l'uſage d'aucune Créature, à l'excluſion de tous les autres, à moins qu'il n'ait acquis ce droit en vertu de leur conſentement, (1) exprès ou tacite. Ce n'eſt qu'en ce cas-là qu'on peut légitimement s'attribuer ſur quelque choſe un droit particulier, & excluſif des prétenſions de tout autre. En un mot, le droit de chacun ſur toutes choſes, avant tout acte humain, ne doit pas être conçu excluſivement au droit de tous les autres, mais ſeulement comme un droit vague & indéterminé; c'eſt-à-dire, que naturellement, & avant l'établiſſement de la Proprieté des biens, chacun n'a pas ſa portion particuliere aſſignée en propre, & non pas qu'une ſeule perſonne puiſſe s'emparer de tout, à l'excluſion de toute autre. L'égalité naturelle des Hommes permet encore moins que chacun s'attribuë naturellement quelque droit ſur la perſonne & les actions d'autrui. Au contraire, perſonne ne ſauroit légitimement prétendre gouverner les autres, s'il n'en a acquis le droit par leur propre conſentement, ou par quelque autre acte antécedent, comme nous le ferons voir plus amplement en ſon lieu (2).

§. IV. POUR découvrir donc en quoi conſiſte véritablement la *ceſſion* & l'*acquiſition d'un droit*, il faut remarquer d'abord, qu'il y a des droits qui regardent les Perſonnes, & d'autres qui concernent les Choſes. On acquiert un *droit ſur les Perſonnes*, lorſque quelqu'un conſent ou formellement, ou tacitement, qu'on ait l'autorité de lui preſcrire ce qu'il doit ou faire, ou ne pas faire, ou laiſſer faire; s'engageant en même tems à ſuivre nôtre volonté, & nous donnant auſſi plein pouvoir, au cas qu'il refuſe de nous obéïr volontairement, de l'y contraindre par la crainte d'un mal dont ſa déſobéïſſance ſera juſtement punie.

En quoi conſiſte véritablement la *ceſſion & l'acquiſition* de quelque *droit*, tant ſur les *Perſonnes* que ſur les *Choſes*.

Le *droit ſur les Choſes* eſt ou *originaire*, ou *dérivé*. Le *droit originaire* ſe forme lorſque tous les autres renoncent ou expreſſément, ou tacitement, en nôtre faveur, aux prétenſions légitimes qu'ils avoient également avec nous ſur l'uſage d'une choſe. Ce droit originaire étant une fois établi, ſi l'on vient enſuite à le ceder, celui, en faveur de qui l'on s'en dépouille, acquiert un *droit dérivé;* c'eſt-à-dire, qu'on lui transfere un titre dont on étoit ſeul légitime poſſeſſeur, & que lui au contraire eſt mis en poſſeſſion d'un titre qui ne lui appartenoit auparavant en aucune maniere, puiſque

§. III. (1) L'Auteur raiſonne ici ſur une fauſſe ſuppoſition que je refuterai au long en ſon lieu. Voyez les Notes ſur Liv. IV. Chap. IV. Tout ce qu'on peut dire, c'eſt qu'avant l'établiſſement de la Proprieté des biens, perſonne n'avoit droit d'exclure aucun autre pour toûjours de l'uſage d'une choſe; & que, quand on ne s'en ſervoit plus, elle redevenoit au premier occupant, comme on en avoit joüi ſoi-même à ce titre.

(2) Voyez ci-deſſus, Chap. II. §. 8, 9, de ce Livre; & Liv. I. Chap. VI. §. 12. Liv. VI. Chap. II. III. Liv. VII. Chap. II. III.

lui & tous les autres avoient renoncé à leurs anciennes prétenſions ſur la choſe dont il s'agit. D'où il paroît avec combien peu de fondement HOBBES fait conſiſter le *tranſport de droit* dans une ſimple *ceſſation d'empêchement :* car quoique ce ſoit une ſuite néceſſaire de l'exécution des engagemens où l'on eſt entré en transferant ſon droit, que l'on n'empêche point celui, en faveur de qui l'on a fait la ceſſion, de joüir du droit qu'il a acquis par-là; cette idée négative n'exprime pas la force & l'effet de l'Obligation qui réſulte de toute ceſſion de droit, & qui conſiſte proprement dans un ſentiment intérieur par lequel on eſt porté à tenir religieuſement ce dont on eſt convenu. L'exemple qu'on allegue ici ne convient point au ſujet; car, outre qu'il eſt abſurde de donner le nom de Vente à la ceſſion que fait un ſeul Particulier de ſes prétenſions ſur une choſe, pendant que tous les autres conſervent toûjours un plein droit ſur cette même choſe, ſelon les principes d'*Hobbes* la Proprieté des biens n'a commencé qu'avec (1) le Gouvernement Civil : donc dans l'Etat de Nature perſonne ne pouvoit dire qu'une terre fût *ſienne*, & par conſéquent il ne pouvoit la vendre. La verité eſt, que comme dans l'Etat de Nature rien n'appartenoit en propre à perſonne, aucun ne pouvoit prétendre joüir ſeul d'une choſe, à moins que tous les autres ne renonçaſſent au droit qu'ils avoient, auſſi-bien que lui, de s'en ſervir. S'ils le faiſoient gratuitement, c'étoit une eſpece de *Donation :* & s'ils renonçoient à leur droit à condition que celui, en faveur de qui ils s'en dépouilloient, s'engageât de ſon côté à quelque autre choſe, c'étoit un *Contract* (2) *ſans nom.* Mais la renonciation de cet homme ſeul ne tiroit point à conſéquence pour les autres, & ne diminuoit rien de leurs prétenſions. (3) Ainſi il n'y avoit que lui qui pût être exclus de l'uſage de la choſe dont il s'étoit dépouillé ; le droit de tous les autres ſubſiſtoit en ſon entier.

Une *ſimple déclaration de notre volonté* par rapport à autrui n'eſt point obligatoire.

§. V. VOYONS préſentement de quelle maniere on s'impoſe quelque Obligation par une *Promeſſe gratuite*, & l'on donne par-là en même tems un droit à celui envers qui l'on s'engage. Pour mieux comprendre la Nature & l'effet de cette ſorte d'engagement, il faut remarquer, que quand on parle de faire en faveur d'autrui une choſe qui dépend de nous actuellement, ou que l'on croit qui en dépendra à l'avenir, on peut s'exprimer en trois manieres differentes. 1. La premiere eſt de déclarer ſimplement le deſſein que l'on a de faire un jour ce dont il s'agit, ſans prétendre s'impoſer par-là aucune néceſſité de perſiſter dans les mêmes ſentimens. C'eſt ainſi que l'Empereur *Tibere* écrivoit autrefois à *Sejanus*, (1) *qu'il ne lui découvriroit point pour l'heure ce qu'il rouloit dans ſon eſprit, & les nouvelles alliances par leſquelles il ſe propoſoit de l'attacher à lui.* Des paroles de cette nature ne mettent dans aucune

§. VI. (1) Voyez le Traité *de Cive*, Cap. VI. §. 1, 16. & Cap. XIV. §. 10. & ce que nôtre Auteur dira ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. I. §. 2.

(2) On expliquera ci-deſſous, Liv. V. Cap. II. §. 7. la diviſion des *Contracts qui ont un nom*, & des *Contracts ſans nom*, ſelon les idées du Droit Romain, auſquelles nôtre Auteur faiſoit alluſion, mais ſans admettre ici ce en quoi elles s'éloignent de la ſimplicité du Droit naturel.

(3) Ceci eſt encore fondé ſur la fauſſe hypothéſe dont j'ai parlé dans la Note 1. du paragraphe précédent. La verité eſt, que tant qu'un homme n'abandonnoit pas une choſe dont il s'étoit emparé à deſſein de s'en ſervir, elle étoit à lui juſques-là, enſorte que perſonne ne pouvoit l'en depoſſeder : ainſi quand il la remettoit à un autre comme de la main à la main, celui-ci acquéroit alors le même droit; & par conſequent il excluoit auſſi le droit de tous les autres, juſques à ce qu'il eût laiſſé à ſon tour au premier occupant la choſe dont il n'avoit pû diſpoſer ſeul pendant tout ce tems-là, que parceque la ceſſion de celui qui en étoit en poſſeſſion avant lui, lui avoit donné lieu de prévenir tout autre qui auroit voulu s'en emparer.

§. V. (1) *Ipſe qu'd intra animum volutaverim, quibus adhuc neceſſitudinibus immiſcere te mihi parem, omittam ad præſens referre.* TACIT. *Annal.* Lib. IV. Cap. XL. num. 9. *Edit. Rycqu.*

Obligation, & ne donnent point de droit à perſonne (2). Pour les rendre innocentes, il ſuffit de parler dans le moment avec ſincerité; c'eſt-à-dire, d'être veritablement dans la diſpoſition que l'on témoigne alors, & de ne point abuſer par un menſonge celui à qui on la découvre; mais on n'eſt pas tenu de demeurer invariablement dans cette réſolution; parceque l'Eſprit de l'Homme a naturellement & le pouvoir & le droit de changer de ſentiment, tant qu'il n'eſt dans aucune Obligatton qui lui impoſe la néceſſité de s'en tenir à ce qu'il a une fois voulu. S'il ſe trouve pourtant que la premiere réſolution fût meilleure que la derniere, ou qu'en changeant on duppe une perſonne qui a cru de bonne foi ce que'on lui diſoit, & qui n'étoit pas digne d'un pareil traitement; alors le changement eſt blâmable (a). Je dis, *d'une perſonne qui n'étoit pas digne d'un pareil traitement;* car l'avidité importune de ceux qui cherchent à attraper notre bien, mérite (3) quelquefois qu'on ſe jouë (b) ainſi de leur ſotte crédulité.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XI. §. 2.

(b) Voyez-en un exemple dans *Pline* le jeune, Lib II. Ep. XX.

Une *Promeſſe Imparfaite* oblige, mais elle ne donne aucun droit à celui en faveur de qui elle eſt faite.

§. VI. 2. LA ſeconde maniere de faire eſperer une choſe à quelqu'un, (a) c'eſt de lui déclarer, par des ſignes ſuffiſans, la réſolution que l'on prend en ſa faveur, & en même tems l'intention que l'on a de perſiſter dans ces ſentimens, ou l'obligation que l'on s'impoſe à ſoi-même, ſans prétendre néanmoins donner à celui envers qui l'on témoigne ſa bonne volonté, aucun droit d'en exiger à la rigueur les effets. C'eſt ce que j'appelle une *Promeſſe Imparfaite*, dont l'Obligation reſſemble dans ſes effets à celle de la Reconnoiſſance; car quoique celui qui a reçu un Bienfait doive rendre la pareille dans l'occaſion, le Bienfaicteur ne peut l'exiger à la rigueur. Il y a des gens qui croyent qu'on eſt bien embarraſſé à trouver quelque exemple de *Promeſſes Imparfaites*, qui ſoient telles par le Droit Naturel. Il eſt vrai qu'on allegue ici les promeſſes qu'un Souverain abſolu fait à quelqu'un de ſes Sujets; un Maître à ſon Serviteur; un Pere à ſon Fils qui n'eſt pas encore émancipé; car le Souverain, le Maître, & le Pere, ſont bien obligez de tenir leur parole; cependant comme il n'y a point de Tribunal devant lequel ils ayent à répondre là-deſſus, le Sujet, le Serviteur, & le Fils, ſont par-là, dit-on, deſtituez de tout droit d'exiger l'exécution de ce qui leur a été promis. Mais ſi l'on regarde ces Promeſſes comme défectueuſes, ce n'eſt pas que d'elles-mêmes elles n'ayent pas aſſez de force; mais parceque la condition reſpective des perſonnes entre leſquelles l'Obligation & le Droit ſe répondent l'un à l'autre, empêche l'effet exterieur de l'Obligation, ou ne permet pas à celui, en faveur de qui le Promettant s'eſt engagé, de faire valoir ſon droit. On allegue encore ici pour exemple les Promeſſes, qui, faute d'être accompagnées de certaines formalitez requiſes par les Loix Civiles pour faire une veritable *Stipulation*, ne donnent point action

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XI. §. 3.

(2) *Nulla promiſſio poteſt conſiſtere, quæ ex voluntate promittentis ſtatum capit.* DIGEST. Lib. XLV. Tit. I. *De verborum obligationibus*, Leg. CVIII. Nôtre Auteur citoit cette Loi.

(3) L'Auteur veut parler ici apparemment de ces eſpérances vagues que l'on laiſſe concevoir, plûtôt qu'on ne les donne, pour fruſtrer l'avidité de ceux qui voudroient nous dupper, ou attraper nôtre ſucceſſion; deſorte qu'il n'y a point ici de veritable Promeſſe, ni même de véritable déclararation d'une volonté préciſe, mais non irrévocable, que l'on ait formée dans le tems qu'on laiſſe échaper quelques paroles ou quelques ſignes éguivoques, qui donnent lieu au trompeur de ſe tromper lui-même, & de ſe repaître de fumée. Voyez ci-deſſous, Liv. IV. Chap. X. §. 3. où l'on trouvera un exemple, qu'il indiquoit ici, tiré de VALERE MAXIME. Rien n'empéche auſſi qu'on ne faſſe concevoir poſitivement quelque eſpérance, ſans avoir aucune volonté fixe, ou tout au plus qu'une volonté conditionnelle, pour éprouver celui à qui l'on témoigne le deſſein de faire quelque choſe en ſa faveur; pour voir, par exemple, s'il s'acquittera bien de ſon devoir, ou s'il ſera diſpoſé à avoir de la complaiſance pour nous, ou à nous rendre ſes ſervices, & par quel motif il s'y détermine. Après tout, perſonne n'a lieu de compter beaucoup ſur de telles déclarations, & ainſi c'eſt preſque toûjours la faute de ceux qui ſont trompez, plûtôt que de celui qui leur a donné lieu de ſe tromper.

en Juſtice. Car, dit-on, quand même les Contractans auroient eu intention de traiter d'une maniere qui produisît une Obligation parfaite, s'il ſe trouve que par une ſimple erreur, ou par inadvertance, on ait omis les formalitez que la Loi preſcrit, celui à qui la Promeſſe eſt faite n'a aucun droit d'en exiger l'accompliſſement devant les Tribunaux Civils, quoique, ſelon les regles de l'Equité Naturelle, le Promettant ſoit obligé de tenir parole. Mais dans cet exemple même la défectuoſité, ſi j'oſe ainſi dire, de la Promeſſe vient uniquement des Loix Civiles, qui contre les maximes de la Loi Naturelle, font dépendre de certaines formalitez l'effet d'un engagement. On ne manque pourtant pas d'exemples convenables de Promeſſes imparfaites par le Droit même de Nature. En voici un très-juſte; c'eſt lorſqu'en promettant on s'exprime de cette maniere: *J'ai réſolu bien ſerieuſement de faire en votre faveur telle ou telle choſe, & je vous prie de m'en croire.* Car en ce cas-là, le Promettant ſemble être obligé à tenir ſa parole plûtôt par les Loix de la *Véracité* que par celles de la *Juſtice:* puiſqu'il a prétendu s'engager, ſans pourtant donner aucun droit à perſonne de le contraindre à effectuer ſes engagemens. En effet, il y a des Ames généreuſes, qui veulent faire voir qu'elles ſe portent à leur devoir par un pur principe de vertu, & ſans avoir beſoin d'être liées par l'obligation indiſpenſable qu'impoſe le droit d'autrui. C'eſt à cela qu'il faut rapporter les *Promeſſes des Grands*, des Hommes en place, ou des perſonnes de crédit, lorſque ce ne ſont pas de ſimples (1) complimens; mais des proteſtations ſerieuſes par leſquelles on fait eſperer, par exemple, de recommander quelqu'un, ou d'intercéder pour lui auprès de quelque autre perſonne plus puiſſante, de l'avancer dans les Emplois, ou de lui donner ſon ſuffrage dans quelque affaire: car on n'entend point qu'il ait droit d'exiger à la rigueur l'effet d'une parole ainſi donnée, mais on veut qu'il en ſoit uniquement redevable à notre bonté & à notre ſincerité. Deſorte que ſelon les maximes même du Droit Naturel, perſonne ne peut être contraint d'effectuer de pareilles Promeſſes; parcequ'en les faiſant on s'eſt reſervé tacitement le droit de les exécuter ou de ne pas les exécuter, afin que la faveur étant plus libre, fût par-là de plus grand prix.

Une *Promeſſe Parfaite* impoſe une Obligation au Promettant, & donne droit à celui à qui on promet.

§. VII. 3. La troiſieme & derniere maniere de faire eſpérer une choſe à quelqu'un, (a) c'eſt lorſqu'à la déclaration du deſſein que l'on forme en ſa faveur, & de l'obligation qu'on s'impoſe à ſoi-même d'y perſiſter, on ajoûte un engagement plus étroit, par lequel on donne droit à celui envers qui l'on s'engage, d'exiger à la rigueur l'effet de nôtre parole. Or comme l'on promet, ou de donner une choſe à quelqu'un, ou de faire quelque choſe pour lui, toute Promeſſe eſt, ou un acheminement à l'aliénation de nôtre bien, ou une eſpece d'aliénation de quelque petite partie de nôtre Liberté, puiſque ce que l'on pouvoit auparavant faire ou ne pas faire, & faire envers qui on vouloit, n'eſt deſormais en nôtre pouvoir que de la maniere qu'on s'eſt preſcrit ſoi-même par ſa Promeſſe.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XI. §. 4.

Mais il faut bien ſe ſouvenir, que cela regarde uniquement les Promeſſes que les Hommes font entr'eux; car, (1) quoique Dieu ne puiſſe point abſolument manquer à ſa parole, c'eſt un langage trop orgueilleux que de dire, que les Hommes acquiérent quelque droit en vertu des Promeſſes de leur Créateur & leur Maître Souverain.

* Les paroles qui ne regardent que l'avenir, ne ſuffiſent pas pour transferer le droit qu'on avoit ſur une choſe.

§. VIII. * Hobbes (a) poſe pour maxime que, *ſi en renonçant à ſon droit, ou en le*

(a) *De Cive*, Cap. II. §. 6. & *ſeqq.*

§. VI. (1) Voyez ci-deſſous, §. 10.

§. VII. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. I. §. 3.

*tranſférant à autrui, on n'employe d'autre ſigne que de ſimples paroles, il faut ſe ſervir d'expreſſions qui marquent le tems préſent ou le paſſé; car ſi elles ne regardent que l'avenir, elles ne tranſférent aucun droit ſur la choſe dont il s'agit. En effet, lorſqu'on dit à une perſonne en termes d'avenir :* Je vous donnerai demain telle ou telle choſe, *on fait clairement entendre qu'on ne la lui a pas encore donnée.* Ainſi on conſerve ſon droit entier non ſeulement tout aujourd'hui, mais encore demain, & après demain; en un mot, toûjours, à moins que l'on ne faſſe une nouvelle Promeſſe par laquelle on le transfére véritablement, ou que l'on ne donne enſuite actuellement la choſe dont on avoit parlé. Il faut remarquer pourtant avec le même Auteur, que s'il y a des indices qui découvrent aſſez l'intention où l'on eſt de transférer ſon droit dès à préſent, quoique les termes dont on ſe ſert marquent litéralement l'avenir, cette ſignification Grammaticale n'eſt alors d'aucun poids pour empêcher l'effet de la volonté clairement manifeſtée par d'autres ſignes. Mais s'il ne paroît aucun indice ſuffiſant, on ne doit pas aiſément donner aux expreſſions qui marquent naturellement l'avenir, une interprétation ſi étendue qu'on puiſſe les faire valoir comme emportant une ceſſion préſente de nôtre droit; car les Hommes ne transférant pas d'ordinaire leurs biens à autrui, ſans avoir en vûe de ſe procurer à eux-mêmes quelque avantage, & cet avantage ne paroiſſant pas manifeſtement dans une Donation gratuite, lorſqu'il s'agit d'une action comme celle-là qui ne s'accorde pas avec l'inclination commune des Hommes, il ne faut rien préſumer légérement, & ſans avoir de bonnes preuves de la volonté de celui qui promet en termes d'avenir; d'autant plus que ces ſortes de paroles n'emportent le plus ſouvent qu'une ſimple marque de bonne (1) volonté qui n'eſt accompagnée d'aucun effet réel, du moins pour le préſent. Ainſi tant qu'on s'exprime purement en termes d'avenir, (2) on eſt cenſé délibérer encore; & comme pendant ce tems-là nôtre bonne volonté peut changer, auſſi-bien que le mérite de celui qui avoit conçu quelque eſpérance de nôtre part, outre qu'il arrive aiſément des accidens qui ne nous permettent pas de nous défaire de la choſe dont il s'agit ſans nous incommoder, on ne doit pas beaucoup compter ſur une promeſſe de cette

§. VIII. (1) Il y a ici, dans les dernieres Editions, une faute d'impreſſion qui gâte entierement le ſens, & qui pourroit tromper les Lecteurs, *effectum*, pour *affectum*. Mr. HERTIUS l'a fidélement conſervée dans l'Edition de 1706.

(2) On peut rapporter ici ce que les Juriſconſultes Modernes appellent *tractatus ineundarum conventionum*, c'eſt-à-dire, lorſqu'on eſt en traité, ou en pour-parler, & que l'on témoigne quelque envie de s'accommoder enſemble ſur un certain pié, ſans rien conclure de poſitif. Car en ce cas-là chacun eſt encore libre, & il faut une reſolution finale, duëment ſignifiée, pour que l'affaire ſoit concluë. Mais on doit prendre garde de ne pas confondre ces ſortes de diſcours, qui demeurent dans les termes de la négociation, avec les Conventions préparatoires d'un Contract (*Pacta Contractum præparatoria*) comme ſemble faire ici Mr. HERTIUS, qui donne là-deſſus une pleine liberté de ſe dédire, ſans que celui à qui l'on a ainſi promis puiſſe exiger aucun dédommagement, hormis pour cauſe de dol. Il allegue pour exemple cette Loi du Droit Romain : *Qui pecuniam creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat.* Lib. XII. Tit. I. *De rebus creditis*, &c. Leg. XXX. Mais il y a dans ce cas une *Stipulation*, par laquelle quelqu'un s'eſt engagé à emprunter de l'argent d'un autre, & cela enſorte que, ſelon les principes même du Droit Romain, quoiqu'il puiſſe, s'il veut, ne pas recevoir l'argent, & ainſi ne point contracter de Prêt, il eſt tenu des dommages & interêts envers celui qui auroit pû employer ailleurs ſon argent s'il ne lui avoit promis de le prendre à interêt, comme la nature de la choſe donne lieu de le ſuppoſer. C'eſt ſur ce fondement que Mr. DE BYNKERSHOEK décide un cas approchant, dans ſes *Obſerv. Jur. Rom.* Lib. I. Cap. IX. *in fin.* Que ſi nous conſidérons ici la ſimplicité du Droit Naturel, une Convention comme celle dont il s'agit, laiſſe à la verité encore imparfait le Contract auquel elle eſt un acheminement (car on n'eſt pas certainement Débiteur avant que d'avoir touché l'argent, & ainſi il n'y a point encore de Prêt) : mais elle doit aſſurer l'accompliſſement du Contract, ſi elle eſt une véritable Convention, comme elle peut l'être. Cette faculté de ſe dédire, que les anciens Juriſconſultes accordoient ſi libéralement, n'eſt point du-tout conforme à l'Equité Naturelle, qui ne veut qu'on ſe contente du dédommagement que quand la choſe même eſt impoſſible, ou que l'alternative a été laiſſée par une clauſe de la Convention. Voyez ci-deſſous, *Chap.* VII. de ce Livre, §. 4. & *Liv.* V. Chap. V. §. 2. *Note* 3.

nature. Il en eſt ici comme d'un Teſtateur, qui ne transfére pas pour l'heure ſes biens à l'Héritier qu'il inſtituë, mais les lui deſtine ſimplement, avec cette clauſe tacite, que l'on ſuppoſe toûjours qu'il ſous-entend en lui-même : *Un tel ſera mon Héritier, ſi, avant que de mourir, je ne change pas de ſentiment.* Cependant, pour éviter un juſte reproche de légéreté, on ne doit abuſer perſonne ſans ſujet par de vaines eſpérançes. Mais le ſens de l'expreſſion change beaucoup, lorſque l'on dit : *Je vous donne*, ou, *Je vous ai donné cela, prétendant que vous en preniez poſſeſſion demain*; car c'eſt accorder aujourd'hui le droit de poſſeder la choſe demain, ou transférer aujourd'hui ſon droit ſur une choſe dont la délivrance ne ſe doit faire que demain. Au reſte, il eſt bien vrai que, ſelon le langage ordinaire, la plûpart des Promeſſes obligatoires s'expriment en termes qui marquent l'avenir, celles mêmes qui ſont accompagnées d'une ſtipulation dans les formes, ou qui ſe font avec ſerment : *Vous aurez cela de moi*, dit-on, *Je vous donnerai telle ou telle choſe*, &c. Mais cela ne détruit point la maxime que nous venons d'établir ; car on en uſe ainſi d'ordinaire, parceque le plus ſouvent la délivrance de la choſe promiſe ne ſe fait pas ſur le champ, mais quelque tems après. Or, ſelon les idées & le langage du commun des Hommes, on n'eſt dit *avoir* que ce dont on eſt actuellement mis en poſſeſſion. Bien-plus, ſi en même tems qu'on déclare la volonté où l'on eſt de donner, on livre la choſe donnée, cela ne peut guéres s'appeller une Promeſſe ; puiſqu'alors il ne ſemble pas qu'il y ait eu d'Obligation, ou s'il y en a eu quelqu'une, elle a été contractée & éteinte en un inſtant. Si donc une Promeſſe Parfaite eſt conçuë de cette maniere : *En ſix jours d'ici je vous donnerai cent Ecus*, le ſens revient proprement à ceci, *Je vous donne dès à préſent le droit d'avoir & d'exiger de moi cent Ecus, & je m'engage à vous compter cette ſomme en un tel tems.* Ou, pour réduire toute cette matiere en peu de mots, *les termes d'avenir que l'on employe dans les Promeſſes, & ſurtout celui de donner, emportent ou une obligation qui n'eſt point encore contractée, & en ce cas-là ils ne transférent ni la choſe, ni ni le droit à la choſe ; ou la délivrance que l'on doit faire de la choſe ſur la quelle on transfére ou l'on a déja transféré ſon droit, & alors ils n'empêchent point que la Promeſſe ne ſoit parfaite.*

Si une ſimple Promeſſe oblige ? En quel ſens une *Promeſſe faite ſans cauſe* eſt nulle ?

§. IX. Il reſte encore à examiner ici une queſtion fort agitée ; ſçavoir, ſi une ſimple Promeſſe, ou une ſimple Convention, qui ne ſont accompagnées d'aucune exécution, & qui ne renferment point de *Contract* (1) ou d'engagement valide en Juſtice, ont la force d'obliger ? Un (2) célébre Juriſconſulte François s'eſt particulierement déclaré pour la négative ; mais il a été réfuté par (a) Grotius, & par quelques autres Auteurs. Et certainement juſques ici tous les Sages ont reconnu, qu'il faut religieuſement garder la foi donnée, & qu'une ſimple Promeſſe verbale peut impoſer la néceſſité d'exécuter ce que l'on a promis, quand même les choſes ſeroient encore en leur entier, & qu'il n'y auroit eu aucun Contract dans les formes. Ciceron poſe

(a) Liv. II. Chap. XI. §. I. & 4.

§. IX. (1) Συνάλλαγμα. Voyez ci-deſſous Liv. V. Chap. II. §. 2, 3. & la *Note* 3. ſur le §. 1. du Chapitre de Grotius, qui eſt indiqué en marge.

(2) C'eſt François de Connan, Comment. Jur. Civil. *Lib.* V. *Cap.* I. Mr Buddeus remarque pourtant en un mot, dans ſes *Element. Philoſ. Pract.* II. Part. *Cap.* IV. Sect. IV. §. 9. qu'on accuſe mal-à-propos ce Juriſconſulte d'avoir été dans une telle opinion. En quoi il a été devancé par Kulpis, *Colleg. Grotian.* Exerc. VI. *page* 75, 76. qui eſt apparemment celui dont veut parler Mr. Hertius, lorſqu'il dit que quelqu'un a cru pouvoir juſtifier *Connan.* Pour moi, après avoir conſulté le Livre même, je ne vois pas qu'on puiſſe bien juſtifier l'Auteur ſur l'Article dont il eſt queſtion ; & je ſouſcris d'autant plus volontiers au jugement de Mr. Hertius, que c'eſt auſſi celui de Mr. Gundling, Cap. XI. §. 25. de ſon *Jus Nat. & Gent.*

(3) *Fundamentum*

poſe pour maxime inconteſtable, que (3) *le fondement de la* Juſtice *c'eſt la* Fidélité, *qui conſiſte à être ſincere dans ſes paroles, & à tenir inviolablement ce que l'on a promis.... Déſorte*, ajoûte-t-il un peu plus bas, *que la Fidélité ſemble avoir été ainſi nommée, à cauſe que ſon caractere propre & diſtinctif eſt de* faire *ce que l'on a dit. Qu'y a-t-il*, diſent auſſi les Juriſconſultes Romains, (4) *de plus convenable à la Fidélité que les Hommes ſe doivent les uns aux autres, que de tenir ce dont on eſt convenu?* (5) Pour juger donc ſi le Juriſconſulte François combat directement une maxime ſi évidente, examinons maintenant les preuves dont il ſe ſert. *Premierement*, dit-il, *il y a autant de la faute de celui qui compte légérement ſur une Promeſſe ſans cauſe, que de celui qui l'a repu de cette vaine eſpérance.* Tout dépend ici de ſçavoir ce que ſignifient ces mots, *promettre ſans cauſe.* Car ſi l'on entend par-là, promettre une choſe, qui n'étant point effectuée ne cauſeroit aucun dommage ni aucune incommodité à celui à qui l'on a donné ſa parole, mais dont l'exécution au contraire nous ſeroit nuiſible ou incommode à nous-mêmes; on peut dire qu'en ce ſens-là une Promeſſe faite ſans cauſe n'oblige point. En effet, ne ſeroit-ce pas de mauvaiſe grace que quelqu'un prétendroit avoir plein droit d'obliger un autre à prendre de la peine, ou à faire de la dépenſe, s'il ne revenoit de là à lui-même aucun profit (6)? Et n'eſt-il pas viſiblement contraire à la Raiſon, de faire une choſe qui doit produire du mal, ſans apporter aucun bien à perſonne? Suppoſé donc qu'un homme m'eût fait promettre de jeûner, par exemple, quatre jours de ſuite, & qu'une ſi longue abſtinence nuisît à ma ſanté, ſans que lui en retirât aucun avantage, je ne vois pas pourquoi je devrois faire ſcrupule de manquer à ma parole. En ce cas-là, certainement celui qui fait & qui tient une telle promeſſe, eſt auſſi ſot que celui qui croit qu'elle lui ait donné un droit dont il puiſſe ſérieuſement ſe prévaloir. De-plus, toute Promeſſe étant de ſa nature un engagement gratuit, & par conſéquent onéreux à l'une des Parties ſeulement, on doit préſumer pour l'ordinaire qu'elle renferme cette reſtriction tacite: *ſi je puis faire telle ou telle choſe*, ſans *m'incommoder beaucoup.* Et il faudroit que celui à qui l'on a promis fût bien indiſcret & bien impertinent, pour prétendre exiger de nous ſous ce prétexte, une faveur qui nous causât un préjudice conſidérable, ou pour vouloir (7) s'enrichir en nous dépouillant. Sur quoi voici un beau paſſage de CICERON. *Il y a*, dit-il, *des* (8) *conjonctures dans leſquelles ce qui paroît le plus*

(3) *Fundamentum eſt autem juſtitiæ fides: id eſt, dictorum, conventorumque conſtantia & veritas... credamuſque quia fiat quod dictum eſt, appellatam fidem.* De Offic. Lib. I. Cap. VII.

(4) *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt, ſervare?* DIGEST. *Lib.* II. *Tit.* *XIV. De Pactis*, Leg. I. §. 1.

(5) Nôtre Auteur rapportoit ici une mauvaiſe plaiſanterie d'un Roitelet de l'Iſle de *Java*, qui, comme on le blâmoit de ce qu'il ne tenoit pas ſes promeſſes, répondit, *que ſa langue n'étoit pas dure & roide comme un Os.*

(6) Il faut certainement ſuppoſer ici quelque utilité qui revienne ou qui puiſſe revenir de l'execution de la Promeſſe, à celui envers qui l'on s'eſt engagé. Tel eſt l'uſage & le but naturel de toutes les manieres de s'engager les uns envers les autres, & cela ſe trouve auſſi ordinairement dans les Promeſſes gratuites, auſſi-bien que dans les Conventions réciproques. Mais comme en matiere de celles-ci, ce n'eſt pas à l'un des Contractans à juger de l'utilité qui reviendra ou ne reviendra pas actuellement à l'autre, de l'execution de ce à quoi il s'eſt engagé envers lui: on n'a aucune raiſon de dire, qu'il n'en ſoit pas de même à l'égard des promeſſes purement gratuites. Ce ſeroit fournir au Promettant un prétexte de chicaner & d'éluder l'obſervation de la foi donnée. Il ſuffit qu'il ſe ſoit déterminé avec une pleine liberté, ſelon les régles établies ci-deſſus, & qu'il n'y ait point d'ailleurs d'exception tacite qui ſuive de la nature même de la choſe. Comme c'eſt auſſi la volonté ſeule qui confere le droit acquis par la Promeſſe, le motif qu'il peut s'être propoſé ne fait rien ici. C'eſt une choſe cachée pour l'ordinaire, & dont celui à qui la promeſſe eſt faite ne doit point s'embarraſſer. Voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, *Liv.* II. *Chap.* X. §. 21. *Note* 1.

(7) Cela eſt contraire à la Nature, ſelon les Juriſconſultes Romains. *Jure naturæ æquum eſt, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVI. *De diverſ. regul. Juris*, Leg. CCVI.

(8) *Sed incidunt ſæpe tempora, cùm ea, quæ maximè videntur digno eſſe juſto homine, eoque, quem virum bo-*

*digne d'un Homme Juſte & d'un Homme-de-bien, change de nature, & prend un caractere tout oppoſé, enſorte que la Juſtice même défend alors ce que la Sincérité & la Fidélité auroient preſcrit, ſi les circonſtances n'euſſent point changé ; comme de rendre un dépôt, & d'exécuter ce qu'on a promis. Car, en matiere de ces ſortes de choſes, il faut toûjours prendre garde de ne donner aucune atteinte aux deux grands fondemens de la Juſtice, qui ſont : De ne faire du mal à perſonne ; & , D'avoir inceſſamment en vûë le Bien Public. Ainſi le devoir change ſelon les tems, comme lorſqu'il ſe trouve que l'accompliſſement d'une Promeſſe, ou d'une Convention, ſeroit nuiſible* (9) *ou à celui envers qui l'on s'eſt engagé, ou à celui qui s'eſt engagé lui-même. La Fable nous en fournit un exemple en la perſonne de* Théſée. *Car ſi* Neptune *n'eût pas tenu ce qu'il lui avoit promis, ce Prince n'auroit pas perdu ſon Fils* Hippolyte. *La mort de ce Fils étoit une des trois choſes qu'un mouvement de colere lui avoit fait ſouhaiter ; & pour avoir trouvé* Neptune *trop exact à le ſatisfaire, il lui en coûta bien des regrets & des larmes. On ne doit donc pas tenir ſa parole, lorſqu'en la tenant on porteroit du préjudice à celui en faveur de qui l'on s'eſt engagé, ou que l'on s'en cauſeroit à ſoi-même plus qu'on ne lui feroit de bien. Ce ſeroit encore manquer à ſon devoir, que de ne pas préferer un Devoir plus important à un autre de moindre conſéquence. Suppoſé, par exemple, qu'on ait promis à un Ami de l'aſſiſter dans un Procès, & que l'on ait un Fils qui vienne à tomber dangereuſement malade le jour même que la Cauſe doit ſe juger, on ne fera rien contre ſon devoir, ſi l'on abandonne la Cauſe pour ſecourir une perſonne ſi chere ; & la Partie pécheroit bien plus contre le ſien, ſi elle ſe plaignoit que ſon Ami lui eût manqué de parole.... Autre exemple. Une perſonne, en donnant un remede à quelqu'un pour le guérir de l'Hydropiſie, lui a fait promettre de ne s'en ſervir que cette fois-là. Le remede a réuſſi ; mais quelques années après le mal eſt revenu. Si celui qui avoit donné le remede perſiſte à ne vouloir pas qu'on s'en ſerve, que faudra-t-il faire ? Certainement, comme il y a de l'inhumanité dans ce refus, & qu'en ſe ſervant du remede on ne fait aucun tort à celui qui ne veut pas le permettre, la conſervation de nôtre vie & de nôtre ſanté doit l'emporter ſur l'engagement de la promeſſe.* Si le ſentiment du Juriſconſulte, dont nous examinons les raiſons, ne renfermoit autre choſe que ce qui eſt établi dans les belles paroles que nous venons de rapporter, il faudroit y ſouſcrire abſolument. Mais ſi par *promettre ſans cauſe* on entend promettre gratuitement & ſans ſtipulation réciproque (10), il eſt clair qu'on ne laiſſe

*num dicimus, commutantur, fiuntque contraria : ut reddere depoſitum, promiſſum facere, quæque pertinent ad veritatem & ad fidem, ea migrare interdum, & non ſervare, ſi juſtum. Referri enim decet ad ea, quæ propoſui in principio, fundamenta juſtitiæ : primum, ut ne cui noceatur : deinde, ut communi utilitati ſerviatur. Cùm tempora commutantur, commutatur officium, & non ſemper eſt idem : poteſt enim accidere promiſſum aliquod & conventum, ut id effici ſit inutile vel ei cui promiſſum ſit, vel ei qui promiſerit. Nam ſi, ut in fabulis eſt,* Neptunus, *quod* Theſeo *promiſerat, non feciſſet,* Theſeus *filio* Hippolyto *non eſſet orbatus. Ex tribus enim optatis, ut ſcribitur, hoc erat tertium, quod de* Hippolyti *interitu iratus optavit :* [ Voyez EURIPID. Hippolyt. verſ. 1315, *& ſeqq.*] *quo impetrato, in maximos luctus incidit. Nec promiſſa igitur ſervanda ſunt ea quæ ſint iis, quibus promiſeris, inutilia : nec, ſi plus tibi noceant, quàm illi proſint, cui promiſeris. Contra officium eſt, majus non anteponi minori : ut ſi conſtitueris te cuipiam advocatum in rem præſentem eſſe venturum, atque interim graviter ægrotare filius cœperit, non ſit contra officium, non facere quod dixeris : magiſque ille cui promiſſum ſit, ab officio diſcedat, ſi ſe deſtitutum queratur.* De Offic. Lib. I. Cap. X. *Si quis medicamentum cuipiam dederit ad aquam intercutem, pepigeritque, ne illo medicamento umquam poſtea uteretur ; ſi eo medicamento ſanus factus fuerit, & annis aliquot poſt inciderit in eundem morbum, nec ab eo, quicum pepigerat, impetret, ut item eo liceat uti, quid faciendum ſit ? Cùm is ſit inhumanus, qui non concedat uti, nec ei quidquam fiat injuriæ, vitæ & ſaluti conſulendum.* Ibid. Lib. III. Cap. XXIV. Il y a enſuite de cela quelques autres exemples. Voyez encore SENEQUE *De Beneſic.* Lib. IV. Cap. XXXV. XXXIX. que nôtre Auteur citoit ici.

(9) Voyez la Note 1. ſur le §. 7. du Chap. III. Liv. I.

(10) C'eſt ſans contredit la penſée de CONNAN. Il dit *num.* 7. que le Promettant ne tirant aucune utilité de la Promeſſe, & celui à qui il l'a faite ne perdant rien du ſien le premier eſt maître de ſe dé-

plus de matiere à la Bénéficence & à la Liberalité (11), & que tous les ſervices mutuels des Hommes ſe réduiſent à un commerce où il n'y a rien que de mercenaire. Au fond, pourquoi ne ſe fieroit-on pas à la parole d'un homme, qui connoiſſant bien ſes facultez, nous fait eſperer quelque choſe de ſa part ſans intérêt, pour nous engager par-là à l'aimer & l'honorer comme nôtre Bienfaiteur. Et puiſque rien ne l'obligeoit à promettre, à quoi bon, s'il ne prétendoit point s'impoſer d'Obligation parfaite, nous a-t-il expreſſément aſſurez que nous pouvions compter ſurement ſur ſa parole, & prendre là-deſſus nos meſures? J'avoue qu'en refuſant un bienfait on ne fait du tort à perſonne, mais c'eſt ſeulement quand on n'eſt obligé à l'accorder que par les Loix de l'Humanité; car du moment que quelqu'un s'eſt acquis, par nôtre promeſſe, un droit à nos ſervices, il peut les exiger à toute rigueur.

Réponſe à une Objection tirée des inconvéniens qui reſulteroient, ſi toute Promeſſe obligeoit.

§. X. Mais, dit-on, comme ces ſortes de Promeſſes partent ſouvent d'une vaine oſtentation plûtôt que d'une volonté ſérieuſe & déterminée; ou, ſi l'on y va de bonne foi, ſe font du moins légérement & ſans beaucoup de réfléxion, (1) chacun courroit grand riſque de ſe voir dépouiller de ſes biens, ſi toute parole donnée & toute promeſſe avoit force d'obliger. C'eſt peut-être pour cela que les Anciens croyoient que les Sermens des Amans étoient nuls, & que les Dieux en pardonnoient la violation; dans la penſée, que ces ſortes de Sermens partent d'un cœur aveuglé par la Paſſion (a). Mais on ſe fait ici une crainte chimérique d'un inconvénient qui n'eſt nullement à craindre: car il n'y a, ſelon nous, que les Promeſſes faites ſérieuſement & avec délibération qui doivent être tenues pour obligatoires. Il faudroit être bien ſimple pour prendre au pié de la lettre ce qui ſe dit en riant; & quoiqu'on ne ſoit pas exemt de blâme, quand on promet plus qu'on ne peut commodément tenir, cela n'empêche pas qu'il n'y ait de l'inhumanité à exiger l'accompliſſement d'une telle Promeſſe (2). D'ailleurs il faut bien prendre garde de ne pas confondre les Complimens (3) & les paroles obligeantes dont on ſe ſert pour témoigner à quelqu'un d'une maniere vague les ſentimens favorables où l'on eſt à ſon égard; avec les Promeſſes par leſquelles on s'engage particulierement à une certaine choſe déterminée. Car on ſçait que ceux qui ſe piquent de civilité ont accoûtumé d'employer des termes extrémement forts pour

(a) *Platon*, dans le *Feſtin*, Tome III. p. 183. *Edit. H. Steph.* & les Poëtes en mille endroits.

dire. Mais c'eſt-là ſuppoſer ce qui eſt en queſtion. Car ſi une promeſſe purement gratuite peut donner un véritable droit, celui à qui l'on a promis perd certainement le droit qu'il avoit acquis. Pour ne rien dire du dommage qu'il y a toûjours en ce que l'on ſe voit duppé par une perſonne qui a paru promettre ſérieuſement, & ſur la parole de qui on a témoigné compter: dommage ſouvent auſſi ſenſible que la perte la plus réelle, qui peut d'ailleurs l'accompagner aiſément.

(11) Connan reconnoît lui-même, que ce commerce eſt néceſſaire pour le bien de la Societé; n'y ayant, dit-il, perſonne qui ſoit ſi bien fourni de toutes choſes, qu'il n'ait beſoin du ſecours d'autrui. Or cela n'a-t-il pas lieu dans l'Etat de Nature, & indépendamment des Loix Civiles? Mais il ne faut pas s'étonner que ce Juriſconſulte raiſonne ſi mal, comme il paroîtroit encore mieux ſi l'on vouloit examiner en détail tout ce qu'il dit ſur la matiere. Les plus grands Juriſconſultes de ſon tems avoient encore des idées ſi confuſes & ſi imparfaites des véritables principes du Droit Naturel, que leur grande connoiſſance du Droit Civil ne ſervoit qu'à les embrouiller davantage.

§. X. (1) Mais Connan rejette lui-même la penſée de ceux qui diſent que les formalitez de la *Stipulation* ont été inventées pour prévenir l'inconvénient des Promeſſes faites à la légere. Il ſuppoſe d'ailleurs manifeſtement, que quelque ſerieuſes & bien concertées qu'elles ſoient, elles n'ont rien d'obligatoire.

(2) L'Empereur *Aurélien*, comme le remarquoit ici nôtre Auteur, ayant promis au peuple des Couronnes du poids de deux livres, s'il revenoit vainqueur d'une expédition pour laquelle il partoit, le Peuple s'attendoit à avoir des couronnes d'or: mais l'Empereur en fit faire de pâte. Flav. Vopisc. *in Aurelian.* Cap. XXXV. Selon Mr. Thomasius, *Inſtit. Jurisp. Div.* Lib. II. Cap. XII. §. 176. ſi le Peuple étoit bien ſot de s'attendre à avoir des Couronnes d'or de ce poids; l'Empereur, d'autre côté, ſe moqua de ſes Sujets en donnant à ſa Promeſſe une ſi étroite interprétation, qui ſent d'abord la chicane. En effet, il y avoit tout lieu de croire que des couronnes promiſes par un Empereur ne devoient pas ſe réduire à des Couronnes de pâte.

(3) Voyez les *Parœmiæ Jur. German.* de Mr. Hertius, Lib. I. Cap. X. où il applique néanmoins ici quelques Loix qui ne font guéres au ſujet.

marquer leur bienveillance & leur amitié : rien n'eſt plus ordinaire dans leur bouche que ces mots : *Je ſuis entierement à vous :* (b) *Vous pouvez diſpoſer de moi & de tout ce qui m'appartient : Je ſuis bien vôtre ſerviteur : Tout ce que j'ai eſt à vôtre ſervice*, &c. (4) Il faudroit être bien ſot ou bien effronté pour prendre à la lettre de pareilles expreſſions, qui, lors même qu'elles ſont ſinceres, n'obligent à rien de précis, & marquent ſeulement la bonne volonté ou l'affection que l'on a en général pour ceux à qui elles s'adreſſent. Mais les Promeſſes, par leſquelles on fait eſpérer à quelqu'un telle ou telle choſe en particulier, doivent être indiſpenſablement effectuées, parce que celui en faveur de qui l'on s'eſt engagé, a eu lieu de compter ſur nôtre parole, & de prendre là-deſſus ſes meſures. Et pour deux ou trois perſonnes étourdies ou peu ſenſées, qui ſe ſeront ruïnées par leur trop grande facilité à promettre, on ne doit pas bannir entierement de la Vie humaine l'Obligation des Promeſſes : de même qu'il ne faut pas condamner l'uſage des Cautions, parceque bien des gens ſe ſont mal trouvez d'avoir répondu pour d'autres. Tout ce qu'il y a, c'eſt que les Promeſſes étant de leur nature obligatoires, chacun doit y bien penſer avant que d'en faire aucune, & ne rien promettre qu'il ne ſoit en état d'effectuer commodément. Car de n'oſer rien refuſer à perſonne, pas même à ceux qui demandent avec impudence, c'eſt une facilité blâmable qui fait qu'on ne peut que manquer ſouvent de parole. Sur quoi il y a une deſcription agréable d'un ancien Poëte : (5) *L'on voit*, dit-il, *tous les jours de ces ſcélérats qui d'abord ont honte de vous refuſer, & lorſque le tems eſt venu d'accomplir leurs promeſſes, ſe voyant preſſez, il faut de néceſſité qu'ils faſſent voir ce qu'ils ſont ; ils craignent d'abord de le faire, mais enfin leur intérêt les y oblige, & il faut voir leur impudence, & entendre les impertinens diſcours qu'ils tiennent alors. Qui êtes-vous ? diſent-ils ; à quel degré m'êtes-vous parent ? Pourquoi vous céderois-je ce qui eſt à moi ? Ma peau m'eſt plus proche que ma chemiſe ? Si vous leur demandez où eſt la bonne foi ? ils ne s'en mettent pas en peine : ils n'ont point de honte quand ils en devroient avoir, & ils en ont quand elle n'eſt point neceſſaire.*

(b) Voyez *Virgil.* AR. I. 76, 77.

Examen de quelques autres raiſons.

§. XI. Les autres raiſons que l'on allégue ici ne ſont pas fort difficiles à détruire. Il eſt très-juſte, dit-on, de laiſſer quelque choſe à l'honneur & à la libéralité de chacun, & de ne pas réduire tous les ſervices des Hommes à des engagemens indiſpenſables ; car on ſe fortifie dans l'amour de la Fidélité & de la Conſtance, lorſqu'on trouve matiere à exercer ces Vertus, enſorte qu'elles paroiſſent viſiblement être le principe de nôtre conduite ; ce qui ne pourroit guéres arriver, ſi chacun étoit indiſpenſablement obligé de tenir tout ce qu'il promet. D'ailleurs, quoiqu'il ſoit toûjours beau & glorieux d'executer ce que l'on a une fois promis, ou fait eſperer de quelque autre maniere, il y a d'autant plus de gloire, qu'on eſt plus libre de s'en acquitter,

(4) Voyez ce que dit *Achab* à *Ben-hadad*, I. ROIS, XX, 3, *& ſuiv.* avec la Note de GROTIUS ; quoique JOSEPH explique cela autrement, *Archaolog.* Lib. VIII. Cap. XIV. *Edit. Hudſon.* Voyez auſſi POLYB. *Excerpt. Legation.* XIII. *Tit. Liv.* Lib. XXXVI. Cap. XXVIII. & FERNAND. VASQUEZ, *Controv. illuſtr.* Lib. I. Cap. X. §. 20. *& ſeqq.* Toutes ces citations ſont de l'Auteur. On peut voir ſur la reponſe de *Ben-hadad* à *Achab*, qui ſans contredit n'eſt pas un pur compliment, le Commentaire de Mr. LE CLERC ; & une Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *De oblig. ex promiſſione rei incertæ*, §. 25, *& ſeqq.* publiée en 1715. Il faut dire la même choſe de l'exemple tiré de POLYBE.

(5) —— *Imo id genus eſt hominum peſſimum,*
*In denegando modò queis pudor eſt paululum :*
*Poſt, ubi jam tempus eſt promiſſa perfici,*
*Tum coacti neceſſariò ſe aperiunt, & timent,*
*Et tamen res cogit eos denegare. Ibi*
*Tum impudentiſſima eorum oratio eſt :*
*Quis tu es ? quis mihi es ? cur meam tibi ? heus,*
*Proximus ſum egomet mihi attamen, ubi fides ?*
*Si roges, nihil pudet. Hic, ubi opus eſt,*
*Non verentur ; illic, ubi nihil opus eſt, ibi verentur.*

TERENT. *Andr.* Act. IV. Scen. I. verſ. 5. *& ſeqq.* J'ai ſuivi la verſion de Madame DACIER. Voyez PLUTARCH. *in Brut.* page 986. D. *Edit. Wech.* que nôtre Auteur citoit ici.

ou non. Mais il reſte ſuffiſamment dequoi exercer la Libéralité, en ce que l'on peut, de ſon pur mouvement s'engager à faire en faveur de quelqu'un une choſe qu'il a droit d'exiger après cela, quoiqu'auparavant on ne lui eût fait aucun tort en la lui refuſant même. Et comme les beſoins mutuels des Hommes rendent les Promeſſes ſi fréquentes, il eſt beaucoup plus avantageux à la Société que l'on tienne ſa parole d'une maniere moins glorieuſe au Promettant, que ſi la plûpart des gens étoient tous les jours trompez pour avoir compté ſur la parole d'autrui. La Loi Naturelle nous ordonne ſans contredit d'aſſiſter ceux qui en ont beſoin de tout ce dont nous pouvons nous paſſer ſans nous incommoder beaucoup; mais cette Obligation devient plus forte, lorſque par ſon propre conſentement on s'engage d'une façon particuliere à ce que la Nature ne preſcrivoit qu'en général, & que l'on déclare à quelqu'un qu'il peut ſurement s'attendre à recevoir de nous tel ou tel ſervice. Ainſi, quoiqu'il ſoit du devoir d'un Homme-de-bien de ſecourir les autres dans leurs beſoins, quand même il ne leur auroit rien promis, il ne s'enſuit point de là, que la raiſon pourquoi il eſt honnête & louable de tenir ſa parole, ce ſoit parceque le Prochain a beſoin de nôtre ſecours, & non pas parcequ'on le lui a promis. Le Juriſconſulte, dont nous examinons le ſentiment, accorde lui-même que ſi, pour s'être attendu à l'effet d'une Promeſſe, on a reçu du préjudice, en ce qu'on ne s'eſt pas mis en peine, par exemple, de pourvoir par quelque autre voye à ſes beſoins; le Promettant eſt tenu, par le Droit même Naturel, de nous dédommager de cette perte. D'où je conclus, que l'on peut exiger à la rigueur l'exécution d'une Promeſſe, & que le Promettant eſt dans une obligation indiſpenſable de tenir ſa parole, pour ne pas cauſer du dommage à celui qui ſe fie là-deſſus; c'eſt une conſéquence de la maxime de cet Auteur. Il n'en eſt pas de même de celle qu'il tire à l'égard des cas où la choſe eſt encore en ſon entier. Comme alors, dit-il, on n'eſt pas plus lézé par le manque de parole du Promettant, que s'il n'avoit rien promis, il lui eſt toûjours libre de ſe dédire. Et il ſeroit plus contre la Nature, que l'on eût droit d'exiger à la rigueur l'accompliſſement d'une pareille Promeſſe où l'on cherche uniquement ſon propre avantage, que de laiſſer au Promettant une pleine liberté de ſe retracter, lorſqu'il n'en revient aucun dommage à celui en faveur de qui il avoit témoigné ſa réſolution. Mais les Devoirs de l'Humanité ne ſont pas tous renfermez dans cette ſeule maxime qui ordonne de ne point faire de mal à autrui: ils conſiſtent encore à procurer de tout nôtre poſſible l'avantage de nos ſemblables. Si donc, après s'être engagé à rendre tel ou tel ſervice en particulier, on ſe dédit pour cette ſeule raiſon, que celui à qui on l'avoit fait eſperer n'en ſouffrira aucun dommage, c'eſt comme ſi l'on tenoit à deshonneur de contribuer à l'utilité d'autrui. Ajoûtez à cela, que, de l'aveu de tout le monde, on ne peut ſe dédire légitimement des Conventions où il entre un engagement valide en Juſtice, lors même que par-là on ne porteroit aucun préjudice à l'autre Partie, & qu'elle ſeroit ſeulement fruſtrée de l'avantage auquel elle s'étoit attenduë. Pourquoi donc cela ſeroit-il permis à l'égard des ſimples Promeſſes & des ſimples Conventions? Grotius a auſſi judicieuſement remarqué, (a) qu'il s'enſuivroit de cette opinion priſe ainſi tout crûment, que les Promeſſes par leſquelles les Rois, ou les Peuples, s'engagent les uns (1) envers les autres, ſeroient nulles tant qu'il n'y auroit rien d'exécuté, ſurtout dans les lieux où l'uſage n'a établi aucune formule pour les Traitez ou les Conventions Publiques. Or rien n'eſt plus propre à produire & à entretenir une défiance perpétuelle

(a) *Liv. II. Chap. XI. §. 1. num. 4.*

§. XI. (1) On en traitera, Liv. VIII. Chap. VIII. IX.

parmi les Hommes : car de cette maniere il ne faudroit jamais traiter qu'à condition d'exécuter ſur le champ ; ce que l'état des perſonnes qui ont affaire enſemble ne permet pas le plus ſouvent. Enfin, ſi le Droit Romain ne donne action en Juſtice que pour les Promeſſes accompagnées d'une ſtipulation dans les formes, ce n'eſt pas que toute Promeſſe faite ſérieuſement n'oblige ſelon les régles du Droit Naturel ; mais en établiſſant ces formalitez on a voulu (2) d'un côté, que les Hommes fuſſent avertis par-là de ne rien promettre ſans avoir mûrement examiné ſi l'état de leurs affaires leur permet de s'engager à une choſe dont ils ne ſauroient après cela ſe dédire ; de l'autre, fournir un moyen commode d'exprimer clairement ce à quoi l'on s'engageoit, de-peur que l'obſcurité de la Promeſſe ne donnât lieu à des diſputes & des chicanes (b).

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis*, Leg. XV.

---

# CHAPITRE VI.

## *Du* CONSENTEMENT *requis dans les* PROMESSES *& les* CONVENTIONS.

*Toute perſonne qui s'engage par une Promeſſe, ou une Convention, doit* conſentir.

§. I. COMME les Promeſſes & les Conventions gênent ordinairement la Liberté de celui qui s'engage, & lui ſont onéreuſes par la néceſſité qu'elles lui impoſent d'exécuter une choſe qu'il dépendoit de lui auparavant de faire ou de ne pas faire, la raiſon la plus forte & la plus préciſe pourquoi on n'a pas lieu alors de ſe plaindre de la ſujettion où l'on ſe trouve déſormais à cet égard, c'eſt qu'on y a CONSENTI, & que l'on s'eſt mis volontairement ſoi-même dans un engagement que l'on pouvoir ne pas contracter (1).

*Il y a un* Conſentement exprès, *& un* Conſentement tacite. *Ce que c'eſt qu'une* Convention tacite, *tant* principale, *qu'*acceſſoire. *Des* Conditions, *& des* Executions tacites.

§. II. CE *conſentement* ſe donne le plus ſouvent à connoître par des *ſignes*, comme

(2) Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. II. §. 3. Mr. THOMASIUS ſoûtient néanmoins que ceux qui établirent ces formalitez parmi les Romains, avoient de toutes autres vûës, qui ſe rapportoient à leur intérêt particulier, & non pas au Bien Public. Les *Patriciens*, ſelon lui, voulurent par-là tenir le Peuple ſous leur dépendance, en embrouillant les Loix, pour les interprêter enſuite à leur fantaiſie, & en multipliant à l'infini les formalitez, pour ouvrir un vaſte champ à la chicane & aux diviſions. Il prétend, que le Juriſconſulte *Pomponius* donne à entendre cela dans un Fragment que le DIGESTE nous a conſervé : *Deinde ex his legibus* [ duodecim Tabularum ], *eodem tempore fere, actiones compoſitæ ſunt, quibus inter ſe homines diſceptarent : quas actiones* NE POPULUS PROUT VELLET INSTITUERET, *certas ſolemneſque eſſe vo'uerunt*, &c. . . . *Et quidem, ex omnibus qui ſcientiam* [ Juris Civilis ] *nacti ſunt, ante* TIBERIUM CORUNCANIUM ( ce fut le premier d'entre le Peuple qui parvint à la dignité de Grand Pontife ) *publicè profeſſum neminem traditur : ceteri autem ad hunc* VEL IN LATENTI JUS CIVILE RETINERE COGITABANT, *ſolumque conſultatoribus* [*vacare* ], *potiùs quàm diſcere volentibus præſtabant*. Lib. I. Tit. XI. *De origine Juris*, Leg. II. §. 6, 35. Voyez les *Novi Juriſprudentiæ Romanæ* de Mr. THOMASIUS, Lib. I. pag. 12. *& ſeqq.* & ſa *Juriſprud. Divina*, Lib. II. Cap. XI. §. 60. *in Note.* Mr. GUNDLING dans ſon Commentaire ſur le DIGESTE, au Titre *De Pactis*, §. 8.) ne trouve pas là une preuve aſſez convaincante ; quoiqu'il tombe d'accord, qu'on a grand ſujet de ſoupçonner les PATRICIENS de ce qu'on leur attribuë. Mr. HEINECCIUS ſe range, ſans héſiter, du ſentiment de Mr. THOMASIUS, *Antiq. Rom. Juriſpr. illuſtr.* Lib. III. Tit. XIV. §. 1. Quoiqu'il en ſoit, il eſt certain, d'un côté, que, dès les tems les plus anciens, les *Romains* ont été grands amateurs de formalitez en toute ſorte d'affaires : de l'autre, que ſouvent on ne peut guéres découvrir la premiere origine & les raiſons préciſes de telle ou telle regle de leur Droit Civil. Ce que les Juriſconſultes Anciens & Modernes diſent là-deſſus, paroît quelquefois inventé après coup, & fondé ſur cette ſuppoſition, que rien n'a été établiſans quelque vûë digne d'un ſage Légiſlateur ; dequoi on peut douter ſans blaſphême. Il en pourroit bien être de même de la raiſon la plus ſpécieuſe qu'on allégue ſur le ſujet particulier dont il s'agit, c'eſt qu'en ne donnant point action en Juſtice pour de ſimples Conventions, les Anciens voulurent diminuer le nombre des Procez, & empêcher que des promeſſes faites à la légere ne ruinaſſent ou n'appauvriſſent les gens. Mr. de BYNKERSHOEK a rejetté il y a long-tems ces ſortes de raiſons, &, tout bien compté, il ſe réduit à celle-ci, que tel étoit l'uſage reçu, d'où qu'il vint. Voyez la Diſſertation *De Pactis, Juris Stricti Contractibus in continenti adjectis*, Cap. I.

CHAP. VI. §. 1. (1) Voyez ici ce que dit GROTIUS, Liv. II. Chap. XI. §. 4. num. 2.

par des paroles, par des écrits, par un mouvement de tête, ou par quelque autre geſte expreſſif. Mais il y a des occaſions où ſans aucun de ces ſignes on le déduit (1) de la nature de la choſe dont il s'agit, & de diverſes circonſtances. Quelquefois même le défaut de tout ſigne, ou le (2) *Silence* ſeul, (a) conſideré comme accompagné de certaines circonſtances, paſſe pour une marque ſuffiſante de conſentement. Et alors la ſituation des choſes doit être telle, que tout concoure à produire une forte préſomption, ſans qu'il y ait aucune conjecture vraiſemblable qui tende à inſinuer le contraire. Car ce ſeroit une choſe bien dure que de ſe voir impoſer malgré ſoi quelque Obligation ſur le moindre indice d'acquieſcement. L'eſſence des *Conventions tacites* conſiſte donc proprement en ce que le conſentement ſur lequel elles ſont fondées, ne s'exprime point par les ſignes qu'on employe ordinairement dans le commerce des Hommes; mais ſe déduit, par une conſéquence manifeſte, de la nature même de la choſe, & d'autres circonſtances (3).

(a) Voyez *Euripid. Iphig. in Aulid.* verſ. 1142.

Il arrive plus ſouvent qu'après avoir fait une *Convention principale*, accompagnée d'un conſentement exprès, la nature de la choſe donne lieu de ſuppoſer quelque *Convention acceſſoire*, qui ſuit tacitement de la premiere.

Il eſt auſſi très-ordinaire de ſouſentendre certaines *Exceptions* ou *Conditions*, auſquelles cependant on ne doit avoir égard qu'autant que le permet la conſtitution ordinaire du commerce de la Vie: autrement les Engagemens les plus formels pourroient aiſément être éludez, & perſonne n'oſeroit preſque s'y fier. Apportons quelques exemples de ces ſortes de cas où le conſentement n'eſt que tacite.

1. Lorſqu'un homme, ſortant de ſa Patrie, va ſur le pié d'Ami en quelque endroit où l'on a accoûtumé de traiter honnêtement les Etrangers; quoiqu'il ne donne point parole expreſſe de ſe conformer aux Loix du Païs, par cela ſeul qu'il y en-

§. II. (1) LABEO *ait, convenire poſſe, vel re, vel per epiſtolam, vel per nuncium; inter abſentes quoque [poſſe]: ſed etiam tacitè conſenſu convenire intelligitur.* DIGEST. *Lib.* II. *Tit.* XIV. *De Pactis*, Leg. II. princip. *Conventiones [etiam] tacitè valent.* Ibid. Leg. IV. Voyez le beau Traité de Mr. NOODT, *De Pactis & tranſ.* Cap. II. & les Notes ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. IX, §. 9.

(2) *Qui tacet, non utique fatetur: ſed tamen verum eſt, eum non negare.* DIGEST. *Lib.* L. *Tit* XVII. *De diverſis Regul. Juris*, Leg. CXLII. Voyez NOMBRES, XXX, 5. avec les Notes de Mr. LE CLERC, & les *Paræmia Jur. German.* de Mr. HERTIUS, Cap. VII. comme auſſi JAQUES GODEFROI, ſur la Loi qui vient d'être citée.

(3) Le *conſentement tacite* réſulte proprement de certaines choſes qui paroiſſent faites, ou omiſes de propos déliberé, quoique par elles-mêmes elles ne tendent pas directement à marquer une approbation préciſe de la choſe dont il s'agit. Les circonſtances donnent alors lieu de préſumer raiſonnablement la volonté de celui qui les connoiſſoit, & qui ſçavoit auſſi les conſequences que les intéreſſez en pouvoient tirer. Mais il y a une autre ſorte de conſentement, que les Juriſconſultes Romains, ou leurs Interprêtes, appellent quelquefois *tacite*, ou *preſumé*, quoiqu'il ſoit purement *feint*, comme ils le reconnoiſſent & le qualifient ſouvent. Celui-ci conſiſte en ce que, quoiqu'une Perſonne ne penſe point du tout & ne puiſſe même penſer à l'engagement parcequ'elle ignore ce ſur quoi il eſt fondé, on ne laiſſe pas de ſuppoſer qu'elle y aquieſce; parcequ'on préſume que ſi elle avoit connoiſſance de la choſe, elle y conſentiroit volontiers, ou du moins elle le devroit, ſelon les maximes de l'Equité Naturelle; ou parceque les Loix ont jugé à propos, pour l'utilité publique, de ſuppoſer que chacun s'eſt engagé à faire ou ſouffrir telle ou telle choſe, & d'autoriſer à l'y contraindre, comme s'il l'avoit promis véritablement. On auroit pû quelquefois à la verité, ſans un tel détour, fonder l'Obligation ſur des principes plus propres & plus ſimples. Mais pourvû qu'au fond elle n'ait rien que de juſte, il ne faut pas trop blâmer les Juriſconſultes Romains de ce qu'ils ont eu recours à la fiction ici, & ſur d'autres ſujets; ſoit qu'ils ne viſſent pas toûjours le fondement le plus naturel de la déciſion des cas à examiner; ſoit qu'ils fuſſent réduits à la néceſſité d'uſer de circuit, pour éluder certaines régles établies dont ils n'oſoient ſe départir ouvertement. Ainſi on peut rabattre quelque choſe de la critique de Mr. TITIUS, *Obſ. in Pufend.* 205, 206. & *in Compend. Lauterb.* Obſ. 56. Voyez ſur tout ceci les *Inſt. Juriſprud. Divin.* de Mr. THOMASIUS, Lib. II. Cap. VII. §. 29. *& ſeqq.* & ſa Diſſertation intitulée *Philoſophia Juris*, (qui eſt la III. parmi les Diſputes de *Leipſig*) Cap. II, §. 232. *& ſeqq.* comme auſſi Mr. NOODT, *De Pact. & Tranſact.* Cap. II. Mr. GUNDLING, *in Dig.* Lib. II. Tit. XIV. §. 46. *& ſeqq.* Pour ce qui eſt de notre Auteur, il ne diſtingue ni les termes ni les idées, comme il paroit par les exemples qu'il allegue de ceux qui font les affaires d'un autre à ſon inſçu, & de ceux qui ſe chargent d'une Tutele. Voyez ci-deſſous Liv. IV. Chap. XIII. §. 5. *Note* 11.

tre, il eſt cenſé s'engager tacitement à obſerver ces Loix ſelon ſon état & ſa condition; car il doit ſcavoir que c'eſt-là une choſe qu'on exige indiſpenſablement de tous ceux qui veulent demeurer dans les terres de la dépendance d'un Etat. Par la même raiſon, il eſt cenſé à ſon tour ſtipuler tacitement du Souverain ou de ſes Miniſtres, qu'ils le protégeront, & qu'ils exerceront en ſa faveur les Loix de la Juſtice, pendant qu'il ſera dans le Païs. Lorſque l'on fait les affaires d'un homme abſent, ſans un ordre de ſa part & à ſon inſçu, il réſulte auſſi de là une *Convention tacite*, en vertu de laquelle, après s'être employé utilement à ménager ſes intérêts, on a droit d'exiger qu'il nous paye nôtre peine, & qu'il nous rembourſe les frais qu'il a fallu faire; car on (4) préſume que s'il ſcavoit ce qui ſe paſſe il donneroit une approbation formelle aux ſoins dont on s'eſt chargé pour lui faire plaiſir. De même, lorſqu'on va ſe mettre à table dans une Auberge, on s'engage par-là tacitement à payer ce qui ſe donne d'ordinaire par repas, quoiqu'on ne parle point du prix avec l'Hô e; car tout le monde ſçait bien que dans ces ſortes de lieux on ne donne pas à manger pour rien. Les engagemens qu'il y a entre un (5) *Tuteur* & un *Pupille*, ſont auſſi fondez ſur une Convention tacite (a).

(a) Voyez quelques autres exemples dans *Grotius*, Liv. III. Chap. XXIV.

2. Si l'on ſtipule de quelqu'un qu'il nous permette d'aller ſurement dans un certain endroit, (6) on eſt cenſé ſouſentendre qu'il nous en laiſſera auſſi ſortir, quoique l'on n'ait pas fait mention expreſſe du retour: autrement la premiere Convention ne ſerviroit de rien. Par la même raiſon, lorſque, par un Traité un Souverain accorde aux Etrangers la liberté de venir aux Marchez & aux Foires de ſes Etats, il s'engage par-là tacitement à leur laiſſer emporter chez eux les marchandiſes qu'ils auront achetées; &, s'il le refuſoit, il ſeroit auſſi ridicule qu'un homme, qui ayant vendu une terre ne voudroit pas que l'Acheteur la poſſedât dans le lieu où elle ſe trouve ſituée, mais lui diroit de la tranſporter ailleurs. Ainſi lorſqu'on loue un appartement de ſa Maiſon, on eſt cenſé permettre tacitement au Locataire de ſe ſervir, du moins autant qu'il eſt néceſſaire pour entrer & ſortir, des autres parties du logis dont il ne ſauroit ſe paſſer, comme des Portes, Veſtibules, Allées, Galeries qui ménent à cet appartement, &c.

3. Pour les *Exceptions* & les *Conditions tacites*, il s'en trouve une infinité d'exemples que chacun peut remarquer.

Mais il y a ici une remarque générale à faire au ſujet des Conventions & des Exceptions tacites; c'eſt qu'elles doivent toutes être interpretées avec la derniere préciſion, & que l'on ne peut jamais les étendre au-delà de ce que demandent les conjectures évidentes qui ſe préſentent du conſentement de la perſonne engagée (b). Autrement il ſeroit fort aiſé d'impoſer aux autres, malgré eux, des Obligations incommodes; & à force d'exceptions ou de conditions tacites, on trouveroit le moyen d'annuller ou d'éluder la plûpart des Conventions (7).

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XXII. Tit. III. *De probationib. & præſumptionib.* Leg. XXIV.

§. III.

(4) Voyez la Note précedente, & ce que je dirai ſur Livre IV. Chap. XIII. §. 13. *Note* 5.

(5) Voyez ce qu'on dira Liv. IV. Chap. IV. §. 15. & Liv. V. Chap. IV. §. 1. *Note* 5.

(6) Voyez GROTIUS, *Droit de la Guerre & de la Paix*, Liv. III. Chap. XXI. §. 16. & la Diſſertation de Mr. HERTIUS, *de literis commeatus pro pace*, §. 13.

(7) Les Juriſconſultes Romains, comme le remarquoit ici notre Auteur, trouvent un exemple d'une Convention tacite dans *l'action d'un Créancier qui rend à ſon Débiteur le billet d'Obligation*, *par où*, dit on, *il s'engage tacitement à ne lui rien demander*. DIGEST. Liv. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. II. *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conveniſſe*, ne peterem: *profuturamque ei conventionis exceptionem placuit*. Mais, ajoûte-t-il, à en juger uniquement par les principes du Droit Naturel, il n'eſt point néceſſaire de ſuppoſer en ce cas-là une Convention tacite. On peut dire plus ſimplement & ſant détour, que par cela même que le Créancier rend le billet d'Obligation,

Tout veritable conſentement ſuppoſe 1. *l'uſage de la Raiſon.* Des Promeſſes d'une perſonne qui eſt hors de ſon bon ſens.

§. III. POUR (1) donner un *Conſentement* clair & net, il faut 1. *Avoir l'uſage libre de la Raiſon*, enſorte qu'on ſçache ce que l'on fait, & qu'après avoir examiné ſi la choſe, à quoi on s'engage, n'eſt ni contraire à nôtre Devoir ou à nos interêts, ni au-deſſus de nos forces, on puiſſe déclarer ſa volonté par des ſignes ſuffiſans. D'où il s'enſuit que les Promeſſes & les Conventions d'un (2) Enfant, d'un *Imbécille* & d'un (3) *Inſenſé*, ſont nulles par elles-mêmes.

Il faut pourtant remarquer, que les actes d'un *Inſenſé* ne ſont cenſez moralement invalides que pendant les accez de ſa folie: car rien n'empêche que dans les intervalles où il (4) eſt de ſens raſſis, il ne puiſſe s'engager valablement pour tout le tems que ſa maladie lui laiſſe de relâche; après quoi une nouvelle rechute ſuſpend l'effet de ſes engagemens, enſorte qu'il n'eſt tenu de rien faire par lui-même, juſques à ce qu'il redevienne capable de ſe conduire. Ainſi la maxime des Juriſconſultes, qui porte, que *la Démence ſurvenant n'annulle rien de ce qui avoit été duëment conclu & arrêté;* cette maxime, dis-je, ne doit s'entendre que des choſes qui s'accompliſſent par un acte, pour ainſi dire, momentanée, tel qu'eſt un (5) Teſtament, qui étant une fois dreſſé & achevé dans les formes, ſubſiſte en ſon entier tant qu'il ne ſe trouve point révoqué par une volonté poſtérieure ſuffiſamment connuë: or une perſonne tombée en démence ne peut dès-lors avoir aucune volonté telle qu'il la faut ici. Mais à l'égard des engagemens qui s'exécutent par une ſuite d'actions diſtinctes, il eſt clair que la démence ſurvenuë en ſuſpend d'a-

d'Obligation, il donne manifeſtement à entendre qu'il remet la dette; & par conſéquent l'action civile contre le Débiteur eſt entierement éteinte. Les Juriſconſultes Romains n'ont feint cette convention tacite, *de ne rien demander*, que pour ne pas reconnoitre qu'un ſimple conſentement eût la force d'anéantir l'obligation d'un *Contract réel*, comme ils parlent. (Voyez ci-deſſus, *Liv.* V. *Chap.* I. §. 6. & *Chap.* XI. §. 7.) Autre exemple. *Suppoſé*, diſent les Juriſconſultes, *que dans un Bail à ferme il y ait cette clauſe, qu'en cas que le Fermier ne cultive point, comme il le doit, le Fonds qu'il prend à ferme, le Proprietaire pourra l'affermer à quelque autre; bien entendu que le Fermier ſera tenu alors de le dédommager, à proportion de ce que le Fonds aura été reloué à un plus bas prix: S'il arrive au contraire que le Fonds ſe reloüe à un plus haut prix, c'eſt*, dit-on, *au profit du Proprietaire, parcequ'il ſemble y avoir eu entr'eux une convention tacite, que le ſurplus d'un nouveau Bail à ferme ne reviendroit point au Fermier deſtitué.* Digeſt. *Lib.* XIX. *Tit.* II. *Locati, conducti*, Leg. LI. au commencement: *Ea lege fundum locavi*, ut ſi non ex lege coleretur, relocare eum mihi liceret, & quo minoris locaſſem, hoc mihi præſtaretur: [*nec convenit, ut ſi pluris locaſſem, hoc tibi præſtaretur:*] *videtur autem in hac ſpecie id ſilentio conveniſſe*, ne quid præſtaretur, ſi ampliore pecunia fundus eſſet locatus: *id eſt, ut hac ex conventione pro locatore tantummodo interponeretur.* Mais ici encore, ſans ſuppoſer aucune Convention tacite, il eſt beaucoup plus naturel de dire que cette clauſe du Contract ne ſauroit être interpretée ni directement, ni indirectement, au profit du Fermier, qui ayant négligé par ſa faute de cultiver le Fonds, comme il y étoit tenu, ne mérite pas de retirer aucun profit du nouveau Bail. Ici notre Auteur a tout-à-fait raiſon. Voyez ſur cette Loi ANTOINE FAVRE, *Ration.* Tome V. pag. 613. Notre Auteur indiquoit encore d'autres exemples de Conventions tacites, DIGEST. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati, vel contra*, Leg. VI. §. 2. (XXVIII. LIII. & Lib. XIX. Tit. II. *Locati, conducti*, Leg. XIII. in fine, & XIV. COD. Lib. II. Tit. III. *De Pactis*, Leg. II. Ajoûtons, qu'on trouve un exemple remarquable de ces ſortes de Conventions ou d'Exceptions tacites, dans une Déclamation de QUINTILIEN, (c'eſt la CCCXXXVI.) où l'Auteur raiſonne fort bien ſur le fait dont il s'agit là.

§. III. (1) Tout conſentement veritable ſuppoſe 1. un *pouvoir Phyſique* de conſentir. 2. un *pouvoir Moral*. 3. un *uſage bien ſérieux & parfaitement libre de ces deux ſortes de pouvoir*. Il s'agit ici de la premiere condition. On traitera dans la ſuite des deux autres. TITIUS, Obſerv. CCVIII. Notre Auteur y traite bien de la liberté requiſe: mais il a ſuppoſé ce qui regarde le deſſein ſérieux de s'engager par des ſignes qui marquent d'ailleurs un conſentement. Voyez ci-deſſous, §. 6. *Note* 1.

(2) *Infans, & qui infantiæ proximus eſt, non multùm à furioſo diſtant.* INSTIT. Lib. III. Tit. XX. *De inutil. ſtipul.* §. 9.

(3) *Furioſus nullum negotium gerere poteſt, quia non intelligit quod agit.* INSTIT. *Lib.* III. *Tit.* XX. *De inutilib. ſtipulat.* §. 8. *Furioſi. . . . nulla voluntas eſt.* DIGEST. *Lib.* L. *Tit.* XVII. *De diverſ. Reg. Jur.* Leg. XL.

(4) La queſtion eſt de ſçavoir, ſi, dans ces intervalles qu'on regarde comme lucides, l'Inſenſé recouvre aſſez l'uſage de la Raiſon pour être en état de juger comme il feroit, s'il n'eût jamais été attaqué de folie. Voyez là-deſſus une Diſſertation de Mr. THOMASIUS, publiée en 1719. *De Præſumptione Furoris & Dementiæ.*

(5) *Nam neque teſtamentum rectè factum, neque ullum aliud negotium rectè geſtum, poſtea furor interveniens perimit.* INSTIT. Lib. II. Tit. XII. §. 1. Voyez auſſi COD. Lib. VI. Tit. XXII. *Qui teſtamenta facere poſſunt*, &c. Leg. IX.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. I. Tit. VI. *De his qui ſui vel alieni juris ſunt*, Leg. VIII. & Tit. XVIII. *De offic. Præſidis*, Leg. XIV. Et Lib. III. Tit. III. *De Procurat. & Defenſoribus*, Leg. II. Et Lib. IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquiliam*, Leg. V. §. 2.

bord l'effet, & que ſi un homme, par exemple, a promis de travailler pour quelque autre pendant un certain eſpace de tems, ſon Obligation ceſſe du moment qu'un accès de phréneſie le met hors d'etat de faire ce à quoi il s'étoit engagé. Il eſt vrai que, dans l'eſperance d'un retour de bon ſens, on ſuppoſe ſouvent que les engagemens d'un Inſenſé, auſſi-bien que ſes droits & ſon pouvoir, ſubſiſtent toûjours en quelque maniere, & que les actes en ſont ſeulement interrompus pour un tems, pendant quoi l'on les fait exercer par quelque autre perſonne. (a) Mais ſi la démence ſe trouve entierement incurable, alors l'Inſenſé eſt regardé avec raiſon comme civilement mort.

* Des Promeſſes d'un *Enfant*, & d'un *Mineur*.

§. IV. (1) * Pour ce qui eſt des *Enfans*, comme les uns ont le Jugement formé plûtôt que les autres, on ne ſauroit établir de régle generale qui détermine au juſte la durée de l'âge où ils ſont incapables de contracter quelque Engagement. Il faut donc ſe régler ici ſur un examen attentif des actions & des démarches ordinaires de chaque Enfant en particulier, auſſi-bien que ſur les Loix Civiles, qui fixent preſque partout un certain terme plus ou moins long, ſelon que le Légiſlateur a trouvé le génie de ſa Nation plus ou moins tardif: comme, par exemple, parmi les *Hébreux*, les Promeſſes d'un Jeune Garçon, qui avoit treize ans accomplis, étoient valables, de même que celles d'une Fille qui en avoit douze (2). Mais comme la Jeuneſſe, lors même qu'elle eſt en âge de ſçavoir ce qu'elle fait & de ſe déterminer avec connoiſſance, eſt fort ſujette à ſe laiſſer emporter à des mouvemens impétueux & ſouvent inconſiderez, facile à promettre, pleine d'eſperance, ſenſible à la réputation de liberalité, empreſſée à ſe faire des Amis & à les entretenir, peu ſuſceptible de défiance: on a auſſi trouvé bon, dans pluſieurs Etats, que les Jeunes gens ne puſſent (3) contracter aucun Engagement valide, ſans l'approbation de quelque perſonne prudente, qui auroit ſoin de leur conduite & de leurs affaires juſques à ce qu'on eût lieu de préſumer que le feu de la Jeuneſſe fût paſſé: & rien n'eſt plus ſage ni plus utile qu'un tel établiſſement. Ainſi ce que les Mineurs font de leur pure autorité eſt quelquefois regardé comme nul de lui-même: quelquefois auſſi on les releve par une *reſtitution en* (4) *entier*, lorſqu'ils ont été lézez (a). Et le Droit

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. IV. Tit. IV. *De minoribus* 25. *annis*, Leg. XI. §. 3. *& ſeqq.* XXIV. §. 1. & XLIV.

§. IV. (1) Ce paragraphe & le ſuivant ſont tranſpoſez dans ma Traduction. L'Auteur, aprés avoir parlé des Promeſſes de ceux qui ont perdu la Raiſon, devoit, ſelon ſon plan même, paſſer à celles des Enfans, & ne pas interrompre la ſuite du diſcours pour traiter des Promeſſes des gens yvres, leſquelles d'ailleurs peuvent faire une claſſe à part, puiſque l'Yvreſſe n'eſt qu'un accident paſſager, au lieu que l'Enfance & la Folie ſont des états d'aſſez longue durée. Comme il m'a été aiſé de remedier à ce déſordre par une ſimple tranſpoſition, d'où il ne reſulte d'ailleurs aucun inconvénient, j'ai crû que je pouvoit hardiment remettre les choſes dans leur place naturelle.

(2) Voyez Grotius, *Droit de la Guerre & de la Paix*, Liv. II. Chap. XI. §. 5. *num.* 3.

(3) Une Loi d'*Athénes*, comme l'Auteur le remarquoit ici, mettoit à cet égard les Femmes au même rang que les Mineurs; car, ſelon cette Loi, elles ne pouvoient s'engager au-delà de la valeur d'un boiſſeau d'Orge, *à cauſe*, dit un Ancien Orateur, *de la foibleſſe de leur Jugement*, διὰ τὸ τῆς γνώμης ἀσθενές. Dio Chrysostom. Orat. LXXIV. *De incredulitate*, pag. 638. D. *Edit. Morell. Pariſ.* L'Auteur citoit encore Isæus, Orat. IX. pag. 552, 553. *Edit. Wech.* où je remarque qu'il y a πέρα μεδίμνων κριτῶν, pour πέρα μεδίμνου, &c. comme le paſſage eſt cité par *Harpocration*. Et l'Interprête Latin traduit plaiſamment: κωλύει παιδὶ μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν μηδὲ γυναικὶ πέρα, &c. *Ne puero cum muliere congredienti liceat ultra medimnum hordei dare.* Je m'apperçois maintenant que Kuhnius a remarqué cette bevuë groſſiere, dans une Note ſur Pollux, VIII. 140. n. 84. Voyez auſſi Aristoph *in Eccleſiaz.* verſ. 1017. & là-deſſus les Interprêtes. On pouvoit ajoûter, au ſujet des Femmes, la Tutele perpetuelle où elles étoient chez les anciens *Romains*, pour certaines ſortes d'affaires; ſur quoi Mr. Otto, Profeſſeur à Utrecht, a publié depuis peu une Diſſertation entiere, qui eſt la IV. de ſes *Diſſertationes Juris Publici & Privati.* On trouvera la matiere égayée dans les *Eſſais de Juriſprudence* de feu Mr. de Toureil, Queſt. 20. au I. Tome de la nouvelle Edition de ſes Oeuvres.

(4) C'eſt un benefice que les Loix accordent à celui qui a été lézé dans quelque acte où il ait été partie, pour le remettre au même état où il étoit avant cet acte, s'il y en a quelque juſte cauſe. Voyez

même Naturel demandoit que les Loix poſitives fiſſent de pareils réglemens ; d'autant plus qu'il y a preſque toûjours de la mauvaiſe foi dans le procedé de ceux qui ſe prévalant de la facilité d'un Jeune Homme, veulent s'enrichir à ſes dépens, par une ſtipulation d'où il réſulte à ſon préjudice une lézion que la foibleſſe de ſon jugement l'empêche de prévoir, ou ne lui permet pas de comprendre dans toute ſon étendue (5). Le Droit Naturel veut donc que, partout où il y a de ſemblables conſtitutions, on les obſerve exactement & de Citoyen à Citoyen, & même dans les Conventions entre un Etranger & un Citoyen ; à moins qu'un Etat n'ait déclaré formellement, que, dans les affaires qui concernoient les Etrangers, il prononceroit uniquement ſelon les regles du Droit Naturel. La raiſon de ceci n'eſt pas (6) tant que quiconque traite dans les terres d'un autre Etat eſt tenu, comme Sujet à tems de cet Etat, de ſe ſoumettre aux Loix du Païs ; que parcequ'ordinairement aucun Etat ne donne action en Juſtice pour les engagemens qui ne ſont pas conformes à

*Digeſt.* Lib. IV. Tit. I. & ce qu'a dit ſur ce Titre Mr. TITIUS, dans ſes *Obſerv. in Compend. Jur. Lauterbach.* où il diſtingue avec ſoin les maximes que l'on peut tirer ici du Droit Naturel, d'avec les ſubtilitez du Droit Romain. DAUMAT, *Loix Civiles*, I. Part. Liv. IV. Tit. VI. peut en donner quelque idée à ceux qui n'entendent pas le langage des anciens Juriſconſultes.

(5) Il faut même remarquer, ( & je me ſers ici des termes de Mr. LA PLACETTE, dans ſon *Traité de la Conſcience*, pag. 60. ) que ſi, par exemple, il ſe rencontroit un Eſprit ſi lourd, qu'à l'âge marqué par les Loix il n'eût pas encore les lumieres qu'il devroit avoir pour s'obliger valablement, on ne devroit pas ſe prévaloir de ſa ſimplicité, & l'engager ſous ce prétexte à ce qu'on voudroit. Cette prétenſion ſans doute ſeroit injuſte, & l'on peut dire qu'en ces occaſions, de même qu'en beaucoup d'autres, il faut s'attacher plûtôt à l'eſprit de la Loi, qu'aux termes que le Légiſlateur à employez. Mais il y a ici une autres queſtion importante à examiner ; c'eſt ſi un Jeune Homme, qui c'eſt engagé avant le tems porté par les Loix, eſt tenu en conſcience de faire ce qu'il a promis ? par exemple, ſi ayant emprunté quelque choſe avant ce tems-là, il eſt tenu de payer lorſqu'il eſt venu à un âge plus avancé ? La déciſion de Mr. *la Placette* me paroit encore ici très-ſolide. Voici ſes paroles. „ Les Caſuiſtes de l'Egliſe Romaine, ſans en „ excepter les plus ſevéres, répondent qu'il faut diſ„ tinguer. Si ce Jeune Homme, diſent-ils, a fait un „ bon uſage de ce qu'il avoit emprunté, & generale„ ment ſi le Contract lui eſt utile & avantageux, il „ eſt obligé à le tenir. Mais il n'y eſt pas tenu, s'il „ n'a point profité du Contract, & ſi, par exemple, „ il a conſumé en débauches & autres excez ce qu'on „ lui avoit prêté. Pour moi, ( ajoûte Mr. *la Placette* ) „ je ne ſuis nullement dans ce ſentiment. Je ne ſau„ rois approuver qu'on profite du mal qu'on a fait, & „ qu'on ſe tire par un crime d'un engagement inno„ cent. Je voudrois donc qu'on prit garde à d'autres „ choſes. Je voudrois en premier lieu qu'on vît ſi ce„ lui, avec qui l'on a traité, perd par la reſciſion du „ Contract quelque choſe qui lui appartînt d'ailleurs ; „ car s'il ne perd rien, & ſi tout le mal qui lui „ en arrive eſt qu'il ne gagne pas autant qu'il auroit „ ſouhaité, je ne crois pas qu'on ſoit obligé de tenir „ ce qu'on a promis de cette maniere. S'il perd quel„ que choſe, comme il arrive ordinairement dans le „ prêt, je voudrois qu'on prît garde à une autre choſe. „ A-t-il prêté de bonne foi & ſans aucun mauvais „ deſſein ? Prévoyoit-il le mauvais uſage qu'on devoit „ faire de ce qu'il prêtoit ? S'il le prévoyoit, & s'il „ avoit en un mot quelque mauvaiſe intention, il „ mérite de perdre ce qu'il a prêté ſi mal-à-propos, „ & c'eſt à lui-même qu'il doit imputer cette perte. „ Mais s'il a prêté de bonne foi, & ſans aucun mau„ vais deſſein, je ne crois pas qu'on puiſſe ſe diſ„ penſer de payer ; & je ſuis perſuadé que le faire, & „ ſe prévaloir pour cela du benefice des Loix, eſt une „ obliquité dont non ſeulement une conſcience dé„ licate, mais un honnête homme ſelon le monde, „ devroit rougir „. Voyez ce que j'ai dit dans mon *Traité du Jeu*, Liv. II. Chap. IV. §. 12. & ce que l'Auteur dira plus bas, Liv. IV. Chap. II. §. 11.

(6) C'eſt la raiſon qu'en donne GROTIUS, Liv. II. Chap. XI. §. 5. *Note* 4. que notre Auteur réfute ici tacitement. Mais *Grotius* ſuppoſe que l'Etranger a contracté avec le Mineur, dans le Pays même de celui-ci : ainſi il eſt & peut être cenſé avoir traité ſur le pied des Loix du Pays : il ne faut point alors chercher d'autre raiſon. Celle que notre Auteur regarde ici comme la plus prochaine, ne l'eſt qu'en ſuppoſant que l'Etranger ayant traité dans ſon propre pays ou ailleurs, avec le Mineur, vienne dans le pays de celui-ci, & l'attaque là en Juſtice, pour lui faire tenir ſon engagement. De ſorte qu'il s'agit alors de ſçavoir ſi l'on doit avoir égard au terme de la Minorité fixé par les Loix de l'Etat, dont le Mineur eſt Citoyen, ou aux Loix de l'Etat dans lequel le Contract a été fait. Mr. HERTIUS, dans ſa Diſſertation *de Colliſione Legum*, qui eſt parmi celles du I. Tome de ſes *Comment. & Opuſc.* où il traite au long des cas dans leſquels on juge ſelon les Loix d'un autre Etat, veut ( Sect. IV. §. 11. ) qu'on ait toûjours égard aux Loix du lieu où le Mineur a ſon domicile. Mais, à raiſonner ſelon le Droit Naturel, indépendamment de l'Uſage établi entre les différentes Nations, je ne vois pas en vertu dequoi un Etat ſeroit obligé à la rigueur de ſuivre les Loix d'un autre Etat, ſurtout au préjudice de ſes propres Sujets. Autre choſe eſt de ſçavoir ſur quel pied les Parties ont témoigné contracter, & par conſéquent à quoi elles ſont tenuës en conſcience : car ici, comme ſur pluſieurs autres ſujets, on ne peut pas toûjours ſe prévaloir honnêtement du benefice des Loix.

ſes Loix. La même choſe ſe doit pratiquer, lorſque deux Citoyens de differens Etats ayant traité enſemble par lettres, l'un veut pourſuivre l'autre en Juſtice pour l'obliger à tenir ſa parole. Car, quoique le premier ne ſe ſoit jamais ſoumis, pas même pour un tems, aux Loix de l'Etat dont le dernier eſt Membre; cependant s'il veut implorer le ſecours des Tribunaux de cet Etat, il faut qu'il ſouffre que l'affaire (7) ſoit jugée ſelon les Loix du Pays. Par la même raiſon, lorſqu'un Citoyen a promis quelque choſe à un de ſes Concitoyens, ou qu'ils ont fait enſemble quelque Convention dans un lieu qui n'eſt ſoumis à la domination de perſonne, comme ſur le vaſte Ocean ou dans une Iſle déſerte, ils doivent pourtant ſe conformer aux Loix Civiles de leur Païs, s'ils prétendent acquérir par ces engagemens un droit parfait, qui leur donne action devant leurs Juges communs. Pour ce qui regarde les Conventions de ceux qui ſont au-deſſus des Loix Civiles, nous en traiterons ailleurs en ſon lieu (8).

Des Promeſſes *d'une perſonne qui a trop bû.*

§. V. (1) Une autre choſe qui trouble fort, & qui ôte même quelquefois entierement l'uſage de la Raiſon, c'eſt l'*Yvreſſe*, qui ſuffit, à mon avis, pour rendre nulles les Promeſſes & les Conventions, lorſqu'on eſt réduit par le Vin à ne ſçavoir plus ce que l'on fait. Car on ne peut point regarder comme une marque de véritable conſentement les mouvemens exterieurs d'un homme qui eſt pouſſé par une impétuoſité momentanée & entierement aveugle, ou qui dans le tems que ſon Eſprit eſt, pour ainſi dire, détraqué, laiſſe échapper machinalement quelques ſignes qui marqueroient une libre détermination de ſa Volonté, s'il agiſſoit de ſens froid; & il faudroit être bien impertinent pour exiger l'accompliſſement des Promeſſes faites par une perſonne en cet état-là, ſurtout ſi elle ne pouvoit les effectuer ſans s'incommoder beaucoup. Que ſi connoiſſant la facilité de quelqu'un, on a cherché l'occaſion de le faire enyvrer pour l'engager enſuite à promettre, on ſe rend de plus manifeſtement coupable de mauvaiſe foi & de tromperie. Cela n'empêche pas que ſi, après que les fumées du Vin ont été diſſipées, cet homme venant à apprendre ce qu'il a dit, le confirme poſitivement, il ne ſoit obligé de tenir ſa Promeſſe, non pas tant à cauſe de la parole qu'il avoit donnée étant yvre, qu'à cauſe de la ratification qu'il en fait de ſens raſſis (2).

Mais lorſque l'on a ſeulement bû un peu plus qu'à l'ordinaire, ſans aller au-delà

(7) Grotius, Lib. II. Cap. VI. §. 5. num. 3. croit qu'en ce cas-là on doit juger uniquement ſelon les Régles du Droit Naturel. Mr. Hertius ſe range à cette opinion. Voyez la Diſſertation que je viens de citer, §. 56. & une autre du même Volume, intitulée *de commeatu literarum*, §. 16, *& ſeqq.* Mais je crois que nôtre Auteur a raiſon. On n'eſt pas plus obligé à la rigueur de juger uniquement ſelon les régles du Droit Naturel contre les Sujets de l'Etat, que de ſuivre en cela les Loix d'un autre Païs. Il faut donc appliquer ici la même diſtinction que j'ai faite dans la Note précedente.

(8) Voyez Liv. VIII. Chap. X.

§. V. (1) Ce paragraphe eſt le quatriéme dans l'Original. Voyez la Note 1. ſur le paragraphe premier.

(2) C'eſt une regle générale, que les conventions, qui étoient ſujettes à être annullées par l'incapacité des perſonnes, ſont validées dans la ſuite, ſi l'incapacité ceſſant, on ratifie ou l'on aprouve la convention. Ainſi, ſelon le Droit Romain même, lorſqu'un Mineur devenu Majeur ratifie ou execute le Contract qu'il avoit fait en Minorité, ce Contract devient irrévocable, tout de même que s'il l'avoit fait en Majorité. Voyez Digest. Lib. XXVI. Tit. VIII. *De auctoritate & conſenſu Tutorum & Curatorum*, Leg. V. §. 2. & Cod. Lib. II. Tit. XLVI. *Si major factus ratum habuerit.* Voyez encore ce que nôtre Auteur dira dans le §. 14. de ce Chapitre, & ce que j'ai dit dans mon *Traité du jeu*, Liv. II. Chap. I. §. 7. Ajoûtons, que la ratification, dans le cas dont il s'agit, eſt néceſſaire par le Droit Naturel, toutes les fois que ſans aucune yvreſſe & ſans que l'uſage de la Raiſon ſoit offuſqué, le Vin porte néanmoins à donner un conſentement que l'on ne donneroit pas, ou que l'on donneroit avec beaucoup plus de peine ſi l'on étoit tout-à-fait de ſens froid. Il ne doit rien y avoir, en matiere d'engagemens volontaires, qui diminuë le moins du monde l'uſage de la liberté. Ainſi on ne peut pas honnêtement ſe prévaloir, ſurtout s'il s'agit d'affaires de conſéquence, d'une facilité à promettre que la ſimple gayeté produite par le Vin, donne à certaines perſonnes.

d'une gayeté agréable qui n'offuſque point la Raiſon, les Obligations (3) que l'on contracte dans ce momens-là ne ſont point nulles, ſurtout ſi on les renouvelle enſuite à jeun.

A l'égard de l'Yvreſſe extrême, il ſe préſente ici une difficulté qu'il eſt bon de réſoudre. Tout le monde convient que le Vin ne rend pas pardonnables les fautes qu'il a fait commettre (4) ; car, quoiqu'un homme yvre ne ſçache ce qu'il fait, comme il a volontairement pris avec excès d'une liqueur dont il connoiſſoit les effets, il eſt cenſé avoir conſenti à toutes les ſuites de l'Yvreſſe. Mais ne s'enſuit-il pas de là, que les Promeſſes d'une perſonne qui eſt dans cet état-là, obligent auſſi ? Je répons que non, & ma raiſon eſt, qu'il y a une grande difference entre l'effet des Crimes, & l'effet des Obligations que l'on contracte volontairement. Car comme il eſt abſolument défendu de mal faire, on doit éviter avec le dernier ſoin toutes les occaſions qui paroiſſent capables de nous entraîner à quelque choſe de mauvais, & perſonne ne ſauroit guéres ignorer les effets que produit le Vin, quand on en prend trop. Ainſi l'Yvreſſe étant un péché, ſurtout en ce qu'elle porte ordinairement à en commettre d'autres, en vertu de quoi prétendroit-on faire paſſer ces dernieres actions pour innocentes, ſous prétexte qu'elles doivent leur origine à une choſe criminelle ? Mais il n'en eſt pas de même des Obligations où l'on entre volontairement. Comme il dépend abſolument de chacun de les contracter ou de ne pas les contracter, on n'eſt pas plus tenu d'éviter les occaſions où quelqu'un pourroit ſurprendre nôtre conſentement, que de s'empêcher de dormir, ſous prétexte que, par un mouvement de tête (5) fait en ſommeillant, on peut ſembler promettre ce qu'une perſonne nous demanderoit alors pour ſe moquer de nous. Et ſi le trop boire n'avoit d'autre inconvénient que de nous mettre dans un état où d'autres perſonnes peuvent aiſément tirer de nous, ſans que nous ſcachions ce que nous faiſons, ou que nous y penſions bien, des ſignes qui hors de là marqueroient un conſentement, je ne vois pas que pour cette ſeule raiſon elle dût être miſe au rang des choſes défenduës. D'ailleurs, pour s'engager validement par une Promeſſe ou une Convention, il faut

(3) Nôtre Aureur rapportoit ici un paſſage de TACITE, au ſujet des anciens *Germains*. Il ſuffira d'en donner la traduction, & je ſuivrai d'ABLANCOURT, qui rend en cet endroit aſſez fidélement le ſens de l'Original. » C'eſt à table que ſe font parmi eux les » réconciliations & les alliances ; c'eſt-là qu'ils traitent de l'Election des Princes, enfin de toutes les » affaires de la Paix & de la Guerre. Ils trouvent ce » tems-là le plus propre, parcequ'on n'y déguiſe » point ſa penſée, & que la chaleur de la débauche » porte l'Eſprit à des reſolutions plus hardies. Car ils » y découvrent leurs ſentimens avec la franchiſe de » la table & la liberté du Païs, mais la reſolution de » l'affaire ſe remet au lendemain : Ainſi ils délibé» rent lorſqu'ils ne peuvent feindre, & réſolvent » lorſqu'ils ne ſe peuvent tromper «. *De Moribus German.* Cap. XXII. Voyez une Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *De hominibus propriis & liberis Germanorum*, §. 12. C'étoit la coûtume des *Perſes*, comme le remarquoit encore nôtre Auteur, renvoyant là-deſſus à HERODOT. Lib. I. Cap. CXXXIII. ATHEN. Lib. IV. Cap. X. Q. CURT. Lib. VII. Cap. IV. num. 1. MAXIM. TYR. Serm. XII. page 128. *Edit. Daviſ. Cantabr.* Voyez PLUTARCH. *Sympoſ. quæſt.* Lib. VII. Cap. IX. & l'*Archæologia Græca* de Mr. POTTER, Lib. IV. C. 20. page 776, 777. comme auſſi BRISSON *de Reg. Perſ.* Lib. II. pag. 218, 219. *Edit. Sylburg.*

(4) On puniſſoit doublemenr autrefois ceux qui avoient commis quelque crime dans le Vin. Voyez un paſſage d'ARISTOTE, rapporté ci-deſſus, Liv. I. Cap. V. §. 10. *Not.* 4. 5. Par une Loy de *Solon*, ſi un Archonte étoit trouvé yvre, il devoit ſubir la peine de mort. Τῷ Ἄρχοντι, ἂν μεθύων ληφθῇ, θάνατον εἶναι τὴν ζημίαν. DIOG. LAERT. *in Solone*, Lib. I. §. 57. Voyez MENAGE ſur ce paſſage, que l'Auteur citoit ici.

(5) Il y a dans toutes les Editions de l'Original, *nictando*. Mais, outre que le clignement des yeux n'eſt guéres un ſigne de conſentement, un paſſage de SUETONE, que nôtre Auteur rapportoit, fait voir que lui, ou les Imprimeurs ont mis *nictando*, pour *nutando*. Ce paſſage eſt dans la vie de *Caligula*, Cap. XXXVIII. où l'Hiſtorien rapporte, que cet Empereur faiſant faire lui-même un Encan, & ayant apperçu *Aponius Saturninus* qui ſommeilloit, & qui baiſſoit ſouvent la tête (*crebro capitis motu nutantem*) fit ſigne au Crieur de prendre ce mouvement pour une marque d'enchére : ainſi, à force de ſurdire, on ajugea à *Saturninus*, ſans qu'il en ſçût rien, treize Gladiateurs, pour le prix de neuf millions de ſeſterces, ou deux cens vingt-cinq mille Ecus.



BIBLIOTHEQUE ROYALE

que, dans le tems même qu'on donne ſon conſentement, on ſçache ce que l'on fait; & l'on ne ſauroit préſumer en aucune maniere, ſous prétexte qu'un homme s'eſt laiſſé perſuader de prendre avec excès d'une liqueur capable de troubler l'uſage de ſa Raiſon, on ne ſauroit, dis-je, préſumer de cela ſeul, qu'il conſente tacitement à tout ce qu'on pourra lui faire promettre dans le Vin : d'autant plus que la plûpart de ceux qui boivent trop, ne ſe propoſent pas de perdre l'uſage de la Raiſon, mais ſeulement de ſe divertir; quoique ſouvent, pour s'abandonner au plaiſir avec peu de retenuë, ils viennent à s'enyvrer. Ajoûtez à cela, que les Crimes & les Délits cauſent d'ordinaire quelque mal à autrui; au lieu que les Promeſſes tendent ſeulement à faire acquérir un bien qui n'étoit pas dû. Comme donc il eſt plus odieux de ſouffrir un Mal que de ne pas acquérir un Bien, l'Yvreſſe peut plus aiſément rendre nulle une Promeſſe, qu'effacer le crime d'une Action. Enfin, ſi l'on eſt tenu de payer le Vin que l'on boit lorſqu'on n'a plus de goût, & que l'on ne boiroit pas, ſi l'on ſçavoit ce que l'on fait, cela vient d'un Contract par lequel, en commençant à boire on s'eſt engagé à payer tout le vin que l'on prendroit, quand même on auroit rendu gorge. Et lorſque, dans la chaleur du Vin, on jette ou l'on répand quelque choſe, que l'on caſſe des Bouteilles, ou que l'on briſe les Fenêtres, on eſt tenu de payer tout cela, en vertu de la Loi generale, qui ordonne de reparer le Dommage que l'on a cauſé par ſa propre faute.

2. Pour conſentir veritablement il faut avoir les *connoiſſances neceſſaires.* Effet de l'*Erreur* en matiere de *Promeſſes.*

§. VI. 2. Pour conſentir d'une maniere qui rende valides les Promeſſes & les Conventions, il faut encore *avoir les connoiſſances neceſſaires dans l'affaire dont il s'agit* (1). Tout veritable Conſentement exclut dont l'*Erreur* (2), qui fait que l'Entendement conçoit les choſes autrement qu'elles ne ſont, & qu'ainſi la Volonté n'y acquieſce pas véritablement. Sur quoi il faut diſtinguer les effets de l'Erreur, ſelon qu'elle ſe trouve ou dans les Promeſſes, ou dans les Conventions.

A l'égard des Promeſſes, on peut établir, à mon avis, la maxime ſuivante. *Si une Promeſſe eſt fondée ſur la préſomption de quelque* (3) *fait, ou d'une certaine qualité dans les perſonnes, ſans quoi on n'auroit point promis, & que les choſes ne ſe trouvent pas telles qu'on les avoit crues: l'engagement eſt nul, pourvû que la nature même de*

§. VI. (1) La troiſiéme des conditions générales d'un véritable conſentemeet, que l'on a établies ci-deſſus, §. 3. Note 1. ne ſe trouve pas 1. Dans les Promeſſes faites en badinant ou par maniere de compliment. 2. Dans les Promeſſes de ceux qui ſe trompent. 3. Dans les promeſſes de ceux qui ſont trompez par autrui. 4. Enfin dans celles que la crainte fait faire. Titius, *Obſerv.* CCXII. *&* *ſeqq.* Il y a un exemple remarquable de ſubtilite, dirai-je ſcrupuleuſe ou ridicule, à l'égard de la premiere ſorte de promeſſes apparentes, dans l'ancien Droit Romain, ſelon lequel elles étoient valides, pourvû qu'elles fuſſent accompagnées des termes de la *Sripulation.* Car ſi l'on diſoit à quelqu'un : *Me prometrez-vous* ceci ou cela ? & qu'il répondit quoiqu'en raillant ; *Je le promets :* on avoit action en Juſtice contre lui, & il étoit condamné à tenir ce à quoi il n'avoit eu nul deſſein de s'engager. Voyez Varron, *de Ling. Lat.* Lib. V. pag. 41. Mais dans la ſuite le Préteur donna une exception péremtoire, par le moyen de laquelle cette demande, ſi contraire à l'Equité Naturelle, étoit éludée & demeuroit ſans effet. C'eſt une belle remarque de Mr. Noodt, dans ſon *Julius Paulus*, Cap. XI.

(2) *Non videntur, qui errant, conſentire.* Digest. *Lib.* L. *Tit.* XVII. *Leg.* CXVI. §. Voyez auſſi Leg. LXXVI. & Lib. II. Tit. I. *De Juriſdictione*, Leg. XV. *Demens eſt, qui fidem præſtat errori.* Senec. *de Benefic.* Lib. IV. Cap. XXXVI. *Il faut être fou, pour tenir ce que l'on a promis par erreur.* Mais on doit ſe ſouvenir d'entendre toûjours ici une *Erreur Efficace*, dans le ſens que l'on a expliqué ce terme, Liv. I. Chap. III. §. 10. *Note* 2. & non pas une *Erreur Concomitante :* car c'eſt ſelon cette diſtinction qu'on doit expliquer & redreſſer même en quelques endroits les Régles de nôtre Auteur. Titius, Obſ. CCXXII. Voyez les Notes ſur le paragraphe ſuivant.

(3) Les Juriſconſultes diſtinguent ici l'*Erreur de fait* d'aveç l'*Erreur de Droit*, c'eſt-à-dire, de Droit Poſitif; & ils fondent là-deſſus diverſes déciſions. Voyez Daumat, *Loix Civiles*, I. Part. Liv. I. Tit. XVIII. Sect. I. & Mr. Noodt ſur le Titre du Digeste, *De Juris & facti ignor.* page 481, *&* *ſeqq.* Mais, ſelon la ſimplicité du Droit Naturel, toute Erreur, de quelque nature qu'elle ſoit, annulle les promeſſes & les Conventions lorſqu'elle en a été l'unique cauſe, & que celui qui s'eſt trompé l'a donné à connoitre, de maniere que l'autre Partie n'a pû ignorer l'influence de l'Erreur ſur l'engagement.

*la choſe, ou quelques autres circonſtances claires & évidentes, montrent que l'on a uniquement conſenti dans la ſuppoſition de ce fait ou de cette qualité, comme d'une condition abſolument neceſſaire.* Car, en ce cas-là on n'a point donné ſa parole abſolument, mais ſous condition : ainſi du moment que la condition ſuppoſée ne ſe vérifie pas, tout ce qu'on avoit bâti là-deſſus ne peut que tomber & s'anéantir de lui-même. Par exemple, ſi ſur un faux avis qu'une perſonne a pris ſoin de mes affaires, je lui promets quelque choſe à cette conſidération, je ne ſerai point obligé de tenir ma parole, (4) auſſi-tôt que je ſaurai que j'avois été mal informé. C'eſt par le même principe qu'il faut reſoudre la queſtion que CICERON propoſe ſur un cas arrivé autrefois, & débatu en Juſtice : *Un* (5) *Pere*, dit-il, *ſur une fauſſe nouvelle qui vint, que ſon Fils étoit mort à l'Armée, changea le Teſtament qu'il avoit fait en ſa faveur, & inſtitua un autre Héritier ; après quoi il mourut lui-même ſans entendre plus parler de ſon Fils. Le Soldat revint enſuite chez lui, & demanda la ſucceſſion de ſon Pere, comme n'en ayant pas été légitimement exclus.* On alléguoit en faveur du Soldat la regle du Droit Civil, qui déclare nuls tous les Teſtamens (6) d'un Pere, dans leſquels il n'inſtitue pas ſon Fils pour héritier, ni ne le deshérite pas formellement ; ce qui n'avoit pas été fait en cette occaſion. A quoi pourtant celui qui étoit inſtitué héritier pouvoit répondre, que la Loi ſuppoſoit que le Pere ſçût que ſon Fils étoit en-

(4) Mr. THOMASIUS, dans la *Juriſprud. Divin.* Lib. II. Cap. VII. §. 43. prétend qu'on eſt obligé en ce cas-là de tenir ſa parole, à moins qu'on n'ait expreſſément inſéré cette condition dans la Promeſſe, ou que celui, en faveur de qui l'on s'eſt engagé, n'ait aidé lui-même à nous perſuader la fauſſe nouvelle. Mais du moment que l'on donne à entendre, de quelque maniere que ce ſoit, que l'on promet en conſidération des ſervices qu'on croit avoir reçus de celui à qui l'on a promis, la condition ſuit de la nature même de la choſe : ainſi le manque de cette condition rend la Promeſſe nulle, tout de même que ſi on l'avoit déclaré d'avance en termes formels ; puiſque, comme on le ſuppoſe, il n'y avoit rien d'ailleurs qui pût nous porter à promettre. Autre choſe, comme chacun voit, dans le cas des Chevaux achetez, ſur la fauſſe nouvelle dont parle l'Auteur dans le paragraphe ſuivant ; ſur quoi on peut lire la Note 2. Mr. THOMASIUS, au reſte, ſemble s'être retracté depuis. Car il dit, dans la quatriéme Edition de ſes *Fundamenta Jur. N. & Gent.* (§. 13. *in idem Cap.*) qu'il faut ajoûter ici, qu'on ſuppoſe que le Promettant a tenu cachée dans ſon eſprit la raiſon pourquoi il promettoit : *ſed cauſſâ tamen in mente retentâ.* Or alors il n'y a point de difficulté, puiſque celui à qui la Promeſſe étoit faite avoit lieu de la regarder comme abſoluë ; & il s'enſuit de là, par la regle des contraires, que la Promeſſe eſt nulle quand on a fait connoître ſuffiſamment la raiſon qui portoit uniquement à promettre. Que ſi l'on a donné actuellement ce que l'on avoit promis, la Donation n'eſt pas plus valide, à en juger ſelon le Droit Naturel : quoique les Juriſconſultes Romains décident autrement ſur des principes ſubtils & précaires. Car voici ce qu'ils diſent : *Id quoque quod ob cauſſam datur, puta quòd negotia mea ab eo adjuta putavi, licet non ſit factum : quia donare volui, quamvis falſo mihi perſuaſerim, repeti non poſſe.* DIGEST. Lib. XII. Tit. VI. *De condict. indeb.* Leg. LXV. §. 2. Voyez auſſi *Leg.* LII. & là-deſſus ANTOINE FAURE, *Ration.* page 415, comme auſſi CUJAS, *in Rubr.* COD. *De Condict. ob cauſ. dat.*

(5) *De Cujus* [Militis] *morte, cùm domum falſus ab Exercitu nuncius veniſſet, & Pater ejus, re credita, teſtamentum mutaſſet, & quem ei viſum eſſet, feciſſet heredem, eſſetque ipſe mortuus : res delata eſt ad Centumviros, cùm Miles domum reveniſſet, egiſſetque Lege in hereditatem paternam teſtamento exheres filius.* De Oratore, *Lib.* I. *Cap.* XXXVIII. Voyez auſſi VALER. MAXIM. Lib. VII. Cap. VII. §. 1. & la Harangue de Mr. SCHULTING, *de Juriſpr. M. T. Ciceron.* page 260, *& ſeqq.* mais ſurtout ſes Notes ſur la *Juriſpr. Ante-Juſtinian.* page 638. à quoi on peut joindre CUJAS, *Obſ.* XXVI. 9. Mr. *Thomaſius*, dans l'endroit que je viens de citer, §. 44. remarque que cet exemple ne fait rien au ſujet. Car, dit-il, l'interprétation des dernieres volontez ſe fait tout autrement que celle d'une convention ou d'une Promeſſe, tant parcequ'un Teſtament ne donne pas d'abord quelque droit à celui en faveur de qui l'on diſpoſe ainſi de ſes biens, comme fait une Promeſſe ; qu'à cauſe qu'il ne demande aucune acceptation de ſa part. Outre que dans les Teſtamens il faut quelquefois avoir égard aux Loix, & ſurtout aux réglemens qu'elles font en faveur des Enfans. Mais il eſt clair que nôtre Auteur, qui allégue cet exemple après GROTIUS, parle comme lui, de la maniere dont on doit décider la queſtion par le Droit Naturel tout ſeul. Et le Droit Civil même a égard ici à l'Erreur du défunt, non ſeulement quand elle tourneroit au préjudice de ſes Enfans, mais encore quelquefois quand il s'agit d'Héritiers Etrangers inſtituez dans le premier Teſtament. Dequoi on trouve un exemple remarquable dans le DIGESTE, Lib. XXVIII. Tit. V. *De Her. inſt.* Leg. ult. Voyez MERILL. *Obſ.* II. 23. Pour ce qui eſt de la queſtion ſi l'Héritier inſtitué a quelque droit avant la mort du Teſtateur, j'en traiterai ailleurs en ſon lieu.

(6 *Inter cetera, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſariò deſiderantur, principale jus eſt de liberis heredibus inſtituendis, vel exheredandis : ne præteritis eſtis, rumpatur teſtamentum.* DIGEST. Lib. XXVIII. Tit. II. *De liberis & poſthumis heredibus inſtituendis*, &c. Leg. XXX. Ici *rumpatur* eſt pris improprement.

core en vie; ce que le Teſtateur, dont il s'agit, avoit ignoré. Mais on peut dire plus ſimplement, ſelon les principes du Droit Naturel, que le Teſtament du Pere étant fondé ſur la perſuaſion où il étoit de la mort de ſon Fils, du moment que la nouvelle ſe trouva fauſſe, la volonté poſtérieure du Pere devint nulle, parcequ'il avoit changé ſon premier Teſtament dans cette ſuppoſition, & que ſans cela il ne l'auroit point fait. Il paroît encore par-là comment on peut répondre à une queſtion dans le fond un peu trop curieuſe, qui eſt propoſée par un (a) Auteur Moderne; ſçavoir, ſi les Héritiers à qui *Lazare* avoit laiſſé ſes biens par Teſtament, (7) pouvoient légitimement les retenir, lorſqu'il fut reſſuſcité; ou ſi *Lazare* avoit droit de les reprendre? Il faut ſans contredit affirmer le dernier. Car la raiſon pourquoi les biens d'un homme mort paſſent à d'autres, c'eſt qu'il n'eſt plus dans la Societé des Vivans, & qu'ainſi il n'a plus beſoin des biens de ce monde. De là vient qu'en certains endroits, où l'on ſuppoſe le contraire, on diſtribue une partie des biens du Défunt aux Prêtres, ou aux Pauvres, *pour le repos de ſon ame*, comme on parle: en d'autres, on enſevelit ou l'on brûle avec le Mort quelques-unes des choſes qui lui ont appartenu, pour les beſoins, à ce qu'on dit, de l'autre Vie.

(a) *Thom. Browne, De Relig. Medic.* Sect. XX.

Mais, pour revenir aux Promeſſes fondées ſur quelque fauſſe ſuppoſition, s'il y a eu, de la part du Promettant, quelque négligence à s'informer de la choſe en vûë de laquelle il a conſenti, il eſt tenu de reparer le dommage que reçoit par-là celui qui avoit (8) compté ſur cette vaine Promeſſe. Que ſi l'on n'a point témoigné promettre en vûë d'une certaine qualité que l'on ſuppoſât abſente ou préſente; quoique peut-être, ſi l'on avoit été aſſuré de la préſence ou de l'abſence de cette qualité, on n'eût pas voulu s'engager: alors la Promeſſe ſubſiſtera dans toute ſa force. Enfin, ſi la Promeſſe n'eſt fondée qu'en partie ſur une fauſſe perſuaſion, elle pourra être valable pour le reſte qui eſt indépendant de cette erreur; à moins qu'une des parties de la Promeſſe ne ſe trouve renfermée dans l'autre comme une condition abſolument néceſſaire, ou que chaque partie n'en puiſſe être exécutée que conjointement avec les autres; car alors l'erreur reconnuë à l'égard d'une partie, rendra nulle la Promeſſe entiere.

Effet de l'Erreur en matiere de *Conventions* & de *Contracts*.

§. VII. Pour ce qui regarde l'*Erreur en matiere de Conventions*, il faut diſtinguer, ſi l'on a été porté à traiter par une fauſſe perſuaſion, ou ſi l'erreur ſe trouve dans la choſe même au ſujet de laquelle on a traité.

A l'égard du premier, je crois qu'on doit encore conſiderer, ſi la choſe eſt ou n'eſt plus en ſon entier. *Si l'on a été porté par quelque erreur à faire une Convention ou un Contract, & que l'on s'en apperçoive pendant que la choſe eſt encore en ſon entier, ou qu'il n'y a encore rien d'exécuté de part ni d'autre, il eſt juſte ſans contredit qu'on ait la liberté de ſe dédire; ſurtout lorſqu'en traitant on a donné à entendre la raiſon qui nous y obligeoit* (1). *Mais ſi la choſe n'eſt plus en ſon entier, & que l'erreur ſe découvre ſeulement après que la Convention eſt déja accomplie ou en tout, ou en partie;* *celui*

(7) On a imprimé en 1705. un Livre où cette queſtion eſt traitée ſérieuſement. En voici le titre: Henrici Verduyn, &c. *Diſquiſitio Jurid. de Teſtam. atque Heredit. Lazari bis mortui, aliorumque bis mortuorum. In ordinem redegit &... auxit.* Tobias Boel *Junior Ictus.* On pourra s'inſtruire en peu de tems de ce qu'elle contient, par l'Extrait qui s'en trouve dans le Journal des Sçavans, de *Paris*, Année 1705. page 1167. & *ſuiv.* Edit. de Holl.

(8) Mais voyez ce que j'ai dit ſur Grotius, Liv. II. Chap. XI. §. 6. *Note* 6.

§. VII. (1) *Pourvû que l'autre Partie ne ſouffre par-là aucun dommage, ou que s'il y en a, on ſoit prêt à le reparer.* L'exemple qui eſt allegué un peu plus bas fait voir que c'eſt-là une autre condition que l'Auteur doit poſer, ſelon ſes principes: & il la poſe effectivement dans l'Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. IX. §. 12. Mais voyez la Note ſuivante.

(2) L'Auteur

*celui qui s'eſt trompé ne peut plus rompre l'accord, à moins que l'autre Partie ne veuille bien y conſentir par honnêteté* (2). Suppoſons, par exemple, qu'un homme étant en voyage, il lui vienne un faux avis, que les Chevaux de ſon Ecurie ſont tous morts; dans cette perſuaſion, qu'il donne ſuffiſamment à connoître, il marchande d'autres Chevaux, & conclut le marché. Cependant, avant que le prix convenu ſoit payé, ou que les Chevaux ſoient délivrez, il apprend qu'on l'avoit mal informé. Je ſoûtiens que cet homme-là ayant ſuppoſé la verité de cette nouvelle comme une condition tacite, & cela ſans que le Vendeur lui-même l'ignorât, il n'eſt point obligé à tenir ſon marché; quoique par les regles de l'Equité, il doive dédommager le Vendeur du profit qu'il a manqué de faire, ou au moins du dommage qui lui en revient poſitivement. Mais lorſque le Vendeur a delivré les Chevaux, & reçu le prix convenu, quoique l'Acheteur n'ait plus beſoin des Chevaux, il ne pourra légitimement obliger le Vendeur à les reprendre & à rendre l'argent, à moins que cette condition n'eût été formellement ſtipulée dans le Contract.

*Que ſi l'erreur ſe trouve dans la choſe même au ſujet de laquelle on a traité, la Convention n'eſt pas tant nulle alors à cauſe de cette erreur, que parce* (3) *que l'autre*

(2) L'Auteur ne s'accorde pas bien ici avec lui-même. Car ſi dans le premier cas il y a quelque bonne raiſon qui donne droit à celui qui ſe trompe de ſe retracter, en vertu dequoi cette même raiſon ne ſeroit-elle point valable dans le ſecond cas? [ La délivrance de la choſe, conſiderée en elle-même, n'eſt qu'un acte phyſique, qui ne peut ôter un droit à celui qui l'a, ni le donner à un autre qui ne l'a pas: d'où vient que quand on a payé ce que l'on ne devoit point, on n'eſt pas moins en droit de redemander l'argent, que ſi on l'avoit remis à cet effet à un autre qui ne l'eût pas encore délivrée. Voyez la *Juriſpr. divin.* de Mr. THOMASIUS, Lib. II. Cap. VII. §. 45, 46. ] De-plus, ſi dans le premier cas on a droit de ſe dédire, pourquoi eſt-on obligé de réparer le dommage? La verité eſt que, dans l'un & dans l'autre cas il faut indiſpenſablement tenir ſa parole; car quoique l'erreur ait été invincible, elle n'a été néanmoins qu'accidentelle ou *concomitante*; ( Voyez Liv. I. Chap.III. §. 10. *Note* 2. ) & par conſequent elle n'exclut point le conſentement néceſſaire dans les Conventions. En effet une telle raiſon qui a obligé de conclure le marché, n'influe point du tout ſur l'Engagement: c'eſt une circonſtance purement accidentelle, qui regarde les affaires particulieres de l'Acheteur, & dont le Vendeur ne doit point ſe mettre en peine, tant que l'autre ſe contente de la donner à entendre par maniere de converſation, & qu'il ne l'infére point formellement dans l'accord, comme une condition qui venant à manquer le rendra nul: ainſi l'erreur où il ſe trouve que l'Acheteur a été là-deſſus, n'eſt d'aucun effet par rapport à la validité du Contract. Les Juriſconſultes Romains ont reconnu la verité de ce principe dans le cas d'une *Délégation* faite par erreur. Voyez DIGEST. Lib. XLVI. Tit. II. *De novàtionibus & delegationibus*, Leg. XII. XIII. [ & là-deſſus CUJAS, *Recit. in Paul.* Tom. V. page 482. Opp. *Edit. Fabrott.* ] La même choſe a lieu, lorſqu'on ſe méprend à l'égard de la perſonne avec qui l'on traite, la prenant pour un autre: car ce n'eſt là encore qu'une *Erreur Concomitante*, tant qu'il n'y a rien dans la nature du Contract qui demande néceſſairement que celui, avec qui l'on traite, ſoit préciſément un tel ou un tel; ou que l'on n'a pas declaré formellement qu'on prétendoit traiter avec *Pierre*, par exemple, & non pas avec tout autre. Pluſieurs Interprêtes du Droit Romain citent à la vérité quelques Loix, qu'ils croyent établir le contraire, en matieres de Contracts onéreux, comme celui de *Vente*. Mais ſi l'on examine bien ces Textes, on trouvera qu'il s'y agit de quelque acte de liberalité, ou qui ſuppoſe dans la perſonne avec qui l'on traite, un ſoin, une induſtrie, ou quelque autre qualité particuliere: car alors il eſt eſſentiel à la Convention que le Contractant ſoit préciſément celui que l'on a eu dans l'eſprit; deſorte que ſi l'on ſe trompe en cela, l'erreur eſt *efficace*. TITIUS, *Obſerv. in Pufendorf.* CCXIV. & *in Lauterbach.* DXIII.

(3) L'Auteur oppoſe ici des choſes entre leſquelles il n'y a nulle apparence d'oppoſition, mais dont l'une eſt une ſuite néceſſaire de l'autre. Car l'erreur où il paroît qu'a été l'un des Contractans, fait voir qu'il n'a point conſenti à une choſe qui exiſtât veritablement, & par conſequent que l'autre Contractant n'a point ſatisfait à l'intention du premier. TITIUS, *Obſerv.* CCXV. Au reſte, cela a lieu, quand même le Vendeur auroit crû de bonne foi, auſſi-bien que l'Acheteur, qu'un Baſſin d'étain, par exemple, eſt d'argent. Car l'erreur commune des deux Contractans n'empêche pas que ce ne ſoit ici une choſe eſſentielle au Contract, que le Baſſin vendu ſoit d'argent, & non de tout autre métal. Voyez *Digeſt.* Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahen a emptione*, Leg. XIV. Il n'y a même ici aucun conſentement des deux côtez: car & l'Acheteur, & le Vendeur ont cru, l'un acheter, l'autre vendre, une choſe toute differente de ce qu'elle ſe trouve effectivement. Mais il peut arriver auſſi qu'il n'y ait qu'un des Contractans qui ſe trompe, ſans que l'autre pour cela agiſſe de mauvaiſe foi. Voyez ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. IX. §. 12. *Note* 4. des dernieres Editions, où j'ai montré comment cela ſe fait. Que s'il ne paroît clairement ni mauvaiſe foi de la part de l'autre Contractant, ni d'aſſez grands indices de l'intention de celui qui dit avoir été dans l'erreur, il faut alors certainement poſer pour maxime, que dans un doute, *ſi quelqu'un ſe trompe, c'eſt tant pis pour lui*; parcequ'il ne tenoit qu'à lui de ſe bien expliquer. Voyez la *Juriſprud. Divina* de Mr. *Thomaſius*, Lib. II. Cap. VII.

*Contractant n'a point ſatisfait aux conditions de l'accord.* Car comme, dans toute Convention la choſe au ſujet de laquelle on traite doit être connue avec ſes qualitez, là où cette connoiſſance manque on ne ſauroit concevoir qu'il y ait un veritable conſentement (a). Ainſi du moment qu'on s'eſt apperçu de quelque défaut, celui qui ſe trouveroit lézé par-là, peut ou rompre ſon engagement, ou obliger l'autre Contractant à reparer le défaut; ou même, s'il y a de la fraude, ou ſimplement quelque faute de ſa part, exiger de lui les dommages & intérêts (4). On a même ce droit, non ſeulement lorſque l'on s'apperçoit ſur le champ du défaut, mais encore lorſqu'on ne le découvre que quelque tems après. Et ce tems, s'il n'y a point de Loi Civile qui le fixe, ſe doit régler par le jugement équitable d'un Arbitre qui ne favoriſe ni la fraude de l'une des Parties, ni la trop grande négligence de l'autre à examiner la choſe qui fait la matiere du Contract. Il faut auſſi accorder à celui qui s'eſt trompé un terme plus long pour reconnoître ſon erreur, lorſque le défaut de la choſe ne ſe fait pas ſentir à la regarder ſimplement au-dehors, ou qu'il ne peut être découvert que par les plus habiles.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & action.* Leg. LVII.

Pour ce que l'on dit ordinairement, que l'Erreur ne rend les Conventions nulles que quand elle tombe ſur les *choſes eſſentielles*, & non pas lorſqu'elle regarde ſeulement les *choſes accidentelles*, cette maxime doit être expliquée, enſorte que par *choſes eſſentielles* on entende non ſeulement tout ce qui entre dans l'eſſence phyſique de la choſe au ſujet de laquelle on traite, mais encore les qualitez que le Contractant a eu principalement en vûe (5). Car il arrive ſouvent que l'on fait beaucoup plus de cas

§. 39, *& ſeqq.* & Cap. XI. §. 22, 23. comme auſſi ce que je dirai ci-deſſous, Liv. V. Chap. XII. §. 5. *Note* 4.

(4) Cela eſt encore trop vague; il faut dire quelque choſe de plus précis pour donner une juſte idée des effets de l'*Erreur efficace.* Voici donc de quelle maniere on peut rendre la regle pleine & ſuffiſante, après Mr. TITIUS, *Obſerv. in Pufend.* 216. *& in Lauterbach.* 511. *Si celui qui s'eſt trompé a eu principalement en vûe la choſe en quoi il ſe trouve de l'erreur, la Convention eſt abſolument nulle, & il a la liberté de ſe dédire. Mais s'il n'a pas eu principalement en vûe cette choſe, quoiqu'il eût mieux aimé qu'elle fût telle qu'il l'a crûe, la Convention ſubſiſte en ſon entier: il eſt ſeulement en droit de demander un dédommagement du défaut auquel il ne s'étoit point attendu.* Par exemple, ſi dans un grand beſoin on a acheté une Maiſon, que l'on trouve enſuite ſujette à diverſes *ſervitudes*; comme on ne s'eſt point principalement propoſé d'avoir une maiſon exemte de *ſervitudes*, cela ſeul ne rompt pas la Vente; mais on peut légitimement exiger du Vendeur une diminution de Prix, à proportion de l'incommodité que cauſent ces *ſervitudes* dont on ne croyoit pas la Maiſon chargée. Les Juriſconſultes Romains, faute de faire attention à ces principes ſimples & naturels, donnoient dans des idées bien peu juſtes. Quelques-uns ſe contentant qu'on fût d'accord pour le *corps* même de la choſe, n'avoient aucun égard à ſes qualitez les plus eſſentielles, & ils alloient juſqu'à tenir pour valide une Vente où l'Acheteur avoit pris du *Vinaigre* pour du *Vin*; du *Cuivre*, pour de l'*Or*; du *Plomb*, pour de l'*Argent*, &c. D'autres qui furent frappez de l'abſurdité, accorderent néanmoins, (& c'eſt l'opinion qui prévalut) que le Contract étoit bon, pourvû que le Vin n'eût pas été d'abord du parfait Vinaigre, encore qu'il commençât à aigrir: & ils poſerent auſſi, qu'il ſuffiſoit qu'une piéce, par exemple qu'on avoit crüe d'or maſſif, fût de cuivre doré: MARCELLUS ſcripſit . . . *emtionem eſſe & venditionem, quia in corpus conſenſum eſt, etſi in materia ſit erratum. Ego in vino quidem conſentio, quia eadem prope* οὐσία, *id eſt*, ſubſtantia *eſt: ſi modo vinum acuit: ceterum ſi vinum non acuit, ſed ab initio acetum fuit, ut embamma, id eſt*, intinctus, *aliud pro alio veniſſe videtur. . . Quid tamen dicemus, ſi in materiâ & qualitate ambo errarent: ut puta ſi & ego me vendere aurum putarem, & tu emere, quum æs eſſet; ut puta coheredes viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquiſito uni heredi vendidiſſent, eaque inventa eſſet magnâ ex parte ænea? Venditionem eſſe conſtat ideo, quia auri aliquid habuit: nam ſi inauratum aliquid ſit, licet ego aureum putem, valet venditio; ſi autem æs pro auro veneat, non valet.* DIGEST. Lib. XVIII. *De contrah. emt.* Leg. IX. §. 2. Leg. XIV. Tit. I.

(5) L'intention des Contractans ſe connoit par les circonſtances. En voici un exemple tiré d'une déciſion des Juriſconſultes Romains, où ils n'expriment pourtant pas le fondement précis de la difference qu'il y a entre les deux cas qu'ils propoſent: il paroit ſeulement d'ailleurs, qu'ils raiſonnoient ſur ce principe, Que le mot de *Femme* comprend également celles qui ſont Vierges, & celles qui ne le ſont pas; & qu'une Fille qui paſſe pour telle, quoiqu'elle ne le ſoit point, a pourtant quelque choſe de ſon ſexe, comme un Vaſe de cuivre doré, que l'on a cru d'or maſſif, eſt cenſé d'or à cet égard. Mr. NOODT. explique auſſi la Loi ſuivante, dans ſon Commentaire, *page* 408. *Quod ſi ego me virginem emere putarem, cùm eſſet jam mulier, emptio valebit:* in ſexu *enim non eſt erratum.* Ceterùm *ſi ego mulierem venderem, tu puerum emere exiſtimaſti, quia in ſexu error eſt, nulla emptio, nulla venditio eſt.* Digeſt. *Lib.* XVIII. *Tit.* I. *De Contrahenda emptione*, &c. *Leg.* XI. §. 1. Mais la véritable raiſon pourquoi le

d'une certaine (6) qualité de la choſe, que de ſa ſubſtance phyſique, qui n'eſt regardée alors que comme un acceſſoire abſolument néceſſaire. Ainſi un Contract de Vente eſt nul, non ſeulement lorſque l'Acheteur ayant fait marché pour *Davus*, le Vendeur lui a délivré *Syrus*, mais encore (7) lorſqu'après avoir déclaré qu'on prétend acheter un Eſclave qui ſoit bon cuiſinier, le Vendeur nous en donne un qui n'entend rien à la cuiſine (b).

(b) Voyez Digeſt. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda emptione*, &c. Leg. IX. X. XI. XIV. XLI. §. 1.

Effet de l'Erreur produite par le *dol* ou la mauvaiſe foi d'autrui.

§. VIII. Tout ce que nous venons de dire a lieu, quand même il n'y auroit point de fraude qui eût contribué à faire croire ce qui n'eſt pas. A plus forte raiſon l'Erreur annulle-t-elle l'engagement, lorſque l'on a été trompé par le *dol* (1) ou la mauvaiſe foi de quelqu'un.

Mais pour ſe faire ici des idées nettes, & qui ſervent à décider toutes les queſtions que l'on propoſe touchant les effets du *Dol*, il faut diſtinguer, 1. Si le Dol vient de la perſonne même avec qui l'on a traité, ou de quelqu'autre. 2. Si le Dol a été la cauſe de la Promeſſe ou de la Convention, enſorte que ſans cela on ne ſe ſeroit point engagé; ou ſi l'on a été ſeulement trompé à l'égard de la choſe ou de ſes qualitez, ou à l'égard de leur juſte valeur, quoique d'ailleurs on ſe ſoit déterminé volontairement à promettre ou à traiter.

Contract de Vente ne laiſſe pas de ſubſiſter, quoique l'Eſclave qu'on avoit crue encore fille, ſe trouve femme, c'eſt que, n'y ayant pas d'autre marque extérieure que celle de la groſſeſſe, qui diſtingue clairement une Femme d'avec une Fille, rien ne donne lieu de préſumer que l'on ait prétendu acheter une Fille plûtôt qu'une Femme, tant qu'on ne s'en eſt point expliqué formellement: ainſi l'erreur reconnue à cet égard n'eſt qu'une *erreur concomitante*, ou accidentelle, qui ne ſçauroit tourner au préjudice du Vendeur. Mais il n'en eſt pas de même du Sexe: la difference des Habits ne permet pas de s'y méprendre, à moins qu'il n'y ait de la fraude & du déguiſement: ainſi l'on doit toûjours ſuppoſer que l'Acheteur a fait marché pour une perſonne du ſexe que les habits marquoient. D'où il s'enſuit qu'en ce cas-là l'erreur eſt *efficace*, ou eſſentielle, & par conſéquent qu'elle annulle le contract. Titius, *in Lauterbach.* Obſ. DXIV. Que ſi l'acheteur croyant acheter une Fille, le Vendeur, à qui il témoigne ſuffiſamment le confirme dans ſon erreur, & la lui vend ſans déclarer qu'elle eſt femme; le Contract alors eſt nul, même ſelon la déciſion des Juriſconſultes Romains: *Si quis virginem ſe emere putaſſet, cum mulier veniſſet, & ſciens errare eum venditor paſſus ſit, redhibitionem quidem ex hac cauſſâ non eſſet; verum tamen ex empto competere actionem, ad reſolvendam emptionem, & pretio reſtituto mulier reddatur.* Digest. Lib. XIX. Tit. I. *De action. empti & vend.* Leg. XI. §. 5. Voyez ce que dit Mr. Noodt ſur cette Loi, dans ſon Traité *de forma emendandi doli mali*, &c. Cap. IX.

(6) Ou de certaines choſes jointes à d'autres, par rapport auſquelles elles ne tiennent lieu ordinairement que d'acceſſoire; comme il paroît par la Loi ſuivante que nôtre Auteur indique ici: *Pleraſque enim res aliquando propter acceſſiones emimus, ſicut cùm domus propter marmora, & ſtatuas, & tabulas pictas ematur.* Digest. *Lib.* XVIII. *Tit.* I. *Leg.* XXXIV. princip.

(7) Ciceron, comme le remarquoit ici nôtre Auteur, dit au ſujet d'un Eſclave nommé *Panurge*, dont le Maitre avoit cedé à *Roſcius* la moitié du droit qu'il avoit ſur ſa perſonne, à condition que *Roſcius* lui apprît le métier de Comédien: „ Je ſoûtiens que *Panurge* appartenoit entierement à *Roſcius*: & ma raiſon eſt que *Famius* (c'eſt le nom du Maitre) ne poſſédoit en propre que le corps de *Panurge*, au lieu que la qualité de bon Comédien, en quoi *Panurge* excelloit, appartenoit uniquement à *Roſcius* qui l'avoit dreſſé à ce métier. Or, ce qui faiſoit mettre *Panurge* à un fort haut prix, ce n'étoit pas ſon corps, mais ſon métier. Par l'endroit en quoi il appartenoit à *Fannius*, il ne valoit pas cinquante mille ſeſterces (c'eſt-à-dire, 1250. Ecus); mais par l'endroit en quoi il appartenoit à *Roſcius*, on en auroit trouvé plus de cent mille (ou 2500. Ecus). *At ego totum* Roſcii *fuiſſe contendo. Quid erat enim* Fannii? *corpus? Quid* Roſcii? *diſciplina. Facies non erat, ars erat pretioſa. Ex qua parte erat* Fannii, *non erat* H-S IↃↃↃ. *ex qua parte erat* Roſcii, *amplius erat* H-S CCCIↃↃↃ. Orat. *pro Q. Roſcio Comœdo*, Cap. X.

§. VIII. (1) Par *dol* (*dolus malus*, ou *dolus* ſimplement) on entend toute ſorte de ſurpriſe, de fraude, de fineſſe, de feinte, de diſſimulation; en un mot, toute mauvaiſe voye, directe ou indirecte, poſitive ou négative, par laquelle on trompe quelqu'un malicieuſement: car il y a des tromperies innocentes, comme celle d'un Medecin qui fait accroire quelque choſe à ſon Malade pour le guérir. *Itaque ipſe* [ Labeo ] *ſic definiit, dolum malum eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera eſt.* Digest. *Lib.* IV. *Tit.* III. *De dolo malo*, Leg. I. §. 2. *Non fuit autem contentus Prætor* Dolum *dicere, ſed adjecit* Malum: *quoniam Veteres* dolum *etiam* bonum *dicebant, & pro ſolertia hoc nomen accipiebant*, &c. Ibid. §. 3. Voyez le Traité de Mr. *Noodt*, *de forma emendandi Doli Mali*, Cap. I. & II. comme auſſi ce que j'ai dit ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Citoyen*, Liv. I. Chap. IX. §. 13. *Note* 1. Au reſte, quoique partout où il y a de la tromperie d'une part, il y ait de l'erreur de l'autre; cependant d'ordinaire on fonde uniquement l'invalidité de la Convention ſur la mauvaiſe foi de l'un des Contractans, parceque dans le fond cette raiſon ſeule ſuffiroit pour annuller un Engagement.

*1. Si le Dol qui porte à promettre ou à traiter, vient d'un tiers, ſans qu'il y ait aucune colluſion entre ce tiers & l'autre Contractant, & ſans qu'on remarque d'ailleurs aucun défaut dans la choſe même, l'affaire ſubſiſte* (2) *en ſon entier; ſauf à la Partie lézée de pourſuivre l'auteur de la tromperie, & de l'obliger à lui payer les dommages & interêts.*

*2. Si c'eſt par le Dol de l'une des Parties* (3) *que l'autre s'eſt déterminée à promettre ou à traiter, la Promeſſe ou la Convention* (4) *n'obligent alors en aucune maniere.*

*3. Si après s'être déterminé de ſon pur mouvement à promettre ou à traiter, on découvre enſuite du Dol dans l'affaire même, c'eſt-à-dire, en ce qui regarde la choſe ſur quoi on traite, ou quelqu'une de ſes qualitez eſſentielles; la Convention eſt nulle, en ſorte que l'on peut la rompre entierement, ou ſi on le juge à propos, exiger un dédommagement du préjudice qui revient de la tromperie* (5).

(2) Bien entendu que le motif qui par un effet ou dol de ce tiers, nous porte à promettre ou à traiter, n'ait aucune liaiſon neceſſaire avec le fond même de l'engagement; c'eſt-à-dire, que l'erreur ſoit purement *concomitante*. Car, ſi par exemple, quelqu'un m'ayant fait accroire que tous mes Chevaux ſont morts, je déclare à celui qui m'en vend d'autres, que je ne les achete qu'en ſuppoſant que la nouvelle qu'on m'a donnée ſoit véritable, du moment que j'en découvre la fauſſeté, le Contract eſt nul, en vertu de cette condition qui y avoit été formellement inſerée: ſauf au Vendeur, de s'en prendre à celui qui m'a trompé. Voyez ci-deſſus, §. 7. Note 2.

(3) Nôtre Auteur indique ici un endroit de DIODORE *de Sicile*, où l'on trouve un exemple auquel cette régle peut être appliquée. *Arbace* Roi des *Médes* avoit accordé à *Béléſis*, la permiſſion de tranſporter à *Babylone*, dont il le fit Gouverneur, les cendres du Palais de *Sardanapale*; mais ce Satrape prenant pour prétexte un vœu d'élever une chauſſee près du Temple de *Belus*, vouloit effectivement s'emparer de l'or & de l'argent qu'il avoit lui ſeul appris être caché en certains endroits ſous les ruines. *Bibl. Hiſtor.* Lib. II. Cap. 28. Si le Roi eût découvert la choſe à tems, il auroit pû ſans manquer véritablement de parole, empêcher *Béléſis* d'aller à *Ninive*, & le punir même comme il témoigna d'abord en avoir deſſein, pour mieux faire éclatter l'acte de clémence qu'il exerceroit en lui pardonnant.

(4) En Effet, il ſeroit abſurde de s'imaginer que l'on pût par une tromperie malicieuſe & criminelle, impoſer à autrui, en nôtre faveur, une Obligation valide. *Nemo ex ſuo delicto meliorem ſuam conditionem facere poteſt*, diſent très-bien les Juriſconſultes Romains, DIGEST. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſ. Reg. Jur.* Leg. CXXXIV. §. 1. Cependant ces mêmes Juriſconſultes, comme le remarque Mr. TITIUS, (in *Lauterbach.* Obſ. CXVI, CXVII.) débitent ici de vaines ſubtilitez. Car ils prétendent que le Dol, qui a été la cauſe d'un Contract, ne le rend nul en lui-même & par le Droit (*ipſo jure*) que quand il s'agit d'un *acte de bonne foi*; c'eſt-à-dire, auquel on peut donner une interprétation favorable, ſelon les régles de l'Equité, & dans lequel on ne s'attache pas exactement à la rigueur des termes: mais que dans un *acte de droit rigoureux*, où il faut préciſément ſe régler ſur ce qui a été dit & écrit, le Dol n'empêche pas que le Contract ne ſoit valide, quoiqu'on puiſſe le faire reſcinder par une reſtitution en entier. Comme les Loix accordent toûjours en ce cas-ci le benefice de la reſtitution, cela revient au fonds à la même choſe, par rapport au dédommagement de la perſonne trompée. Mais, ſelon le Droit Naturel, le Dol n'annulle pas moins un *Contract de droit rigoureux*, qu'un *Contract de bonne fo*. Mr. TITIUS (*in Lauterb.* Obſ. MCXLVIII. *& ſeqq.*) ſoûtient auſſi, avec raiſon, que cette diſtinction *d'acte de bonne foi*, & *acte de droit rigoureux*, n'eſt point conforme au Droit Naturel, par les principes duquel l'interprétation ſelon l'Equité doit avoir lieu en toutes ſortes d'actes. C'eſt ce que reconnoit Mr. NOODT, *de forma emend. doli mali*, &c. Cap. IV. où il remarque encore, qu'avant le Préteur *Cajus Aquilius Gallus*, on ne pouvoit gueres avoir raiſon du Dol, dans les Contracts de droit rigoureux, à moins qu'il n'y eût eu là-deſſus une ſtipulation formelle, ou que celui qui avoit été trompé ne fût Mineur. Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. II. §. 8.

(5) Les Interprêtes du Droit Romain avoient prétendu juſqu'ici, qu'en ce cas-là le Contract n'étoit ni nul de droit, ni ſujet à être caſſé par une reſtitution en entier, lorſqu'il s'agiſſoit d'un *Contract de bonne foi*; & qu'on n'avoit alors d'autre reſſource qu'une action de bonne foi, ou l'exception de Dol. Mais le célebre Mr. NOODT, qui ne ceſſe de faire d'admirables découvertes dans le vaſte pays & les routes épineuſes de la Juriſprudence Romaine, a prouvé, dans ſon beau Traité *de forma emendandi Doli mali, in contrahendis negotiis admiſſi, apud Veteres*, qui parut vers le commencement de l'Eté de 1709. que la diſtinction des Juriſconſultes Modernes n'a aucun fondement dans ce qui nous reſte des Ecrits des Anciens, & que tout Dol, ſoit qu'il eût porté à traiter celui qui ne s'y ſeroit pas determiné ſans cela, ſoit qu'il ſe trouvât enſuite dans la choſe même ou dans le prix, rendoit toûjours un Contract de bonne foi nul en lui-même & par le Droit Civil; enſorte que la perſonne trompée étant appellée en Juſtice par l'autre Contractant, n'avoit autre choſe à faire qu'à prouver le Dol de ſa Partie, ſans être obligée de lui oppoſer l'exception de Dol, & le Prêteur ou le Juge declaroit alors le Contract nul de plein Droit. Que ſi celui qui avoit été lézé ſe portoit pour Demandeur, il pouvoit ou faire déclarer le Contract entierement nul, ou le laiſſer ſubſiſter, comme il le jugeoit à propos; ſauf à lui, en l'un & en l'autre cas, d'exiger la réparation du dommage qui lui revenoit de la tromperie, & cela quand même le Défendeur auroit demandé la caſſation du Contract. Cette derniere circonſtance eſt remarquable, & j'y fais d'autant plus d'attention, qu'elle ſert à confirmer une penſée que j'avois déja

4. *Tout ce qui n'influe point ſur l'eſſence de l'affaire, & dont on n'a pas fait mention expreſſe dans le marché, n'annulle point une Convention d'ailleurs dans les formes, quand même on auroit tacitement compté là-deſſus dans le tems qu'on s'engageoit* (6).

Pour ce qui concerne la reſciſion des Contracts à cauſe d'une tromperie exceſſive au ſujet du prix, nous en traiterons ailleurs (a). (a) Liv. V. Chap. IV. §. 9, 10.

Si la *crainte d'être trompé* annulle un Engagement?

§. IX. 3. TOUT véritable Conſentement doit enfin être donné avec une entiere liberté, & par conſéquent il faut qu'on ne ſoit point porté à conſentir par la *crainte* de quelque Mal. Mais pour bien comprendre comment & juſqu'où la Crainte rend un acte incapable de produire aucune Obligation, diſtinguons ici deux ſortes de *Crainte*; l'une, qui eſt fondée ſur quelque Vice ou quelque autre ſemblable diſpoſition à quoi la perſonne envers qui l'on veut s'engager eſt ordinairement ſujette, ou ſur des indices particuliers & aſſez manifeſtes de ſa mauvaiſe volonté, qui nous font vraiſemblablement ſoupçonner de ſa part un deſſein actuel de nous tromper: l'autre, qui conſiſte dans une frayeur extrême, produite par l'appréhenſion d'un grand Mal dont on eſt menacé ſi l'on ne ſe réſout à promettre ou à traiter.

A l'égard de la *premiere ſorte de Crainte*, il eſt certain que ſi l'on voit qu'un homme ne faſſe point de ſcrupule de tromper tout le monde, & de *fauſſer* (1) *ſes promeſſes en riant*; ou ſi l'on s'apperçoit qu'il tâche de nous atrapper dans l'affaire dont il s'agit; il faut être bien ſot pour s'expoſer à être la duppe d'un tel homme, en ſe fiant à ſa parole. Quiconque ſe jette ainſi de gayeté de cœur dans les piéges qu'on lui tend, ne mérite pas ſans doute qu'on le plaigne. Mais la queſtion eſt de ſçavoir ſi, lorſque tout eſt déja conclu, de tels ſoupçons ſuffiſent pour diſpenſer de l'obligation de tenir ſa parole, (2) & pour annuller l'engagement? C'eſt ſur quoi il ſera aiſé de décider,

avancée dans mon *Traité du Jeu*, dont l'impreſſion étoit fort avancée dans le tems que l'Ouvrage de Mr. *Noodt* parut. J'ai dit là, en ſuivant les ſeules lumieres de la Raiſon, (Liv. II. Chap. I. §. 11.) qu'*il y a ceci de particulier dans tous les Contracts faits par force ou par erreur, en un mot qui ne ſont pas bien volontaires de la part de l'un des Contractants; qu'il eſt permis à celui-ci, lorſqu'il y trouve ſon compte, d'en profiter autant que bon lui ſemble: mais que l'autre n'a nul droit de ſe faire relever du déſavantage qui peut lui en être revenu contre ſon intention*, &c. Mr. *Noodt* (*Cap.* IX.) cite là-deſſus une Loi du CODE, qui porte que, ſi, après une Tranſaction concluë, celui de la part duquel il y a eu quelque tromperie, demande la reſciſion du Contract, il ne faut pas lui accorder une demande ſi honteuſe à ſon auteur. *Tranſactione finita: quum ex partibus tuis magis dolum interceſſiſſe, quam eorum contra quos preces fundis, confitearis, inſtaurari grave, necnon criminoſum tibi eſt*. Lib. II. Tit. IV. Leg. XXX. Joignez ici ce que j'ai dit ſur le cas, où celui qui vouloit tromper l'autre Partie s'eſt trompé lui-même; dans l'Abregé des *Dev. de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. IX. §. 13. *Note* 3.

(6) *Et quand même* (ajoûte notre Auteur dans ſon Abregé, *Des Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. IX. §. 13. *quand même l'autre Contractant nous auroit adroitement entretenu dans cette penſée juſqu'à la concluſion de l'affaire.*

§. IX. (1) *Ridendo fallere fidem*. PLAUTE a très-bien repréſenté le caractere de ces ſortes de gens, dans la perſonne d'un Marchand d'Eſclaves, qui, comme on lui demandoit, s'il n'avoit pas promis de rendre l'argent d'une Fille qu'il avoit vendue, en cas que quelqu'un vint à la garantir libre; répond: „ Il eſt „ vrai, j'ai promis de ma langue; mais de cette „ même langue je le nie préſentement: Car elle m'a „ été donnée pour me ſervir à m'expliquer, & non pas „ pour me faire perdre mon bien.

— CA. *Qui promiſi?* PH. *linguâ* CA. *eadem nunc nego.*
*Dicendi, non rem perdendi gratiâ, hæc data eſt mihi.*
Curculion. Act. V. Scen. III. verſ. 27, 28.

„ Il dépend de moi de ne point tenir mes ſermens, *dit un autre de ce même métier:* „ J'ai juré, & je ju- „ rerai bien encore, s'il m'en prend envie. L'on a „ établi les Sermens pour la conſervation, & non pas „ pour la perte de ſon bien.

*Meus arbitratus eſt, lingua quid juret mea. . . .*
*Juratus ſum, & nunc jurabo, ſi quid voluptati eſt mihi.*
*Jusjurandum rei ſervandæ, non perdendæ, conditum eſt.*

Rudent. Act. V. Scen. II. v. 68. & Scen. III. v. 17, 18. Voyez ce que dit POLYB au ſujet de ceux qui avoient le maniement des Finances de l'Etat, parmi les *Grecs*, Liv. VI. Cap. 54. (pag. 498. A. *Edit. Wechel. Caſaub.*) Toutes citations de l'Auteur.

(2) Notre Auteur le nie, dans la ſuppoſition qu'il fait qu'on connoiſſoit le fondement de ces ſoupçons, & qu'on n'a pas laiſſé neanmoins de s'engager. Mais il exprime plus diſtinctement ſa penſée ſur toute cette matiere, dans l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I Chap. IX. §. 14. où il poſe trois régles qui ſont la clef de ce paragraphe.

(a) *De Cive*, Cap. II. §. 11.

après que nous aurons examiné l'opinion (a) d'Hobbes. *Les engagemens*, dit-il, *d'un Contract où les deux Parties ſe fient l'une à l'autre, enſorte qu'aucune d'elles n'exécute rien pour le préſent, ſont nuls dans l'Etat de Nature, lorſqu'il ſurvient d'une ou d'autre part un juſte ſujet de crainte.* Cette propoſition ne peut être admiſe qu'en ſuppoſant, qu'après le traité conclu, l'un ou l'autre des Contractans trouve un juſte ſujet de craindre que, s'il effectue ſa promeſſe, l'autre n'accompliſſe pas la ſienne. Et par *juſte ſujet de crainte*, il faut entendre celui qui eſt fondé ſur des indices & des preuves manifeſtes. Car c'eſt une injure ſanglante que de révoquer en doute, ſans en avoir aucun nouveau ſujet, la ſincerité & la bonne foi d'un homme, ſur laquelle on a donné lieu de croire que l'en comptoit. De là vient qu'Hobbes lui-même ajoûte dans une Note, que *ſi l'on n'a pas découvert quelque action commiſe depuis le traité conclu, ou quelque autre indice de la mauvaiſe volonté de l'autre Contractant, qui nous fourniſſe un nouveau ſujet de nous défier de lui, la crainte ne ſauroit paſſer pour légitime & bien fondée. Car*, dit-il, *toute raiſon qui n'a pas été aſſez forte pour nous empêcher de donner nôtre parole, ne doit pas non-plus ſuffire pour nous diſpenſer de la tenir.* En effet, quoiqu'avant la concluſion du traité on ait eu quelques ſoupçons de la mauvaiſe foi de l'autre Partie, par cela même qu'on le conclut, on paſſe pardeſſus cette conſidération, on renonce au droit qu'elle pourroit nous donner, & l'on reconnoît qu'elle ne doit pas nous empêcher de nous fier à celui avec qui l'on traite: autrement il n'y auroit rien de fait, ce ſeroit une pure moquerie. Il ſemble pourtant qu'*Hobbes* ait changé ici d'opinion, & qu'il ait crû auparavant que ces ſortes d'Engagemens ſont nuls par eux-mêmes, indépendamment de toute crainte ſurvenue depuis la concluſion de l'affaire. Cela paroît non ſeulement par ſon Traité *du Corps Politique* (3), où l'on ne trouve point cette reſtriction d'un nouveau ſujet de crainte ſurvenu depuis la convention faite; mais encore par ce qu'il ajoûte ici même pour appuyer ſa théſe: *La plûpart des Hommes*, dit-il, *ſont ſi fort enclins à chercher, à quelque prix que ce ſoit, leur propre intérêt, que quiconque effectue le premier ce à quoi il s'eſt engagé, ne fait que ſe trahir lui-même, & ſe livrer en proye à la mauvaiſe foi de l'autre Partie. Or il eſt contre la Raiſon, que l'un des Contractans tienne ſa promeſſe, s'il ne voit quelque apparence que l'autre accompliſſe enſuite la ſienne.* Il paroît par ces paroles, qu'*Hobbes* fonde les ſujets de défiance ſur la corruption générale des Hommes. Or, ſur ce pié-là il faudroit regarder la plus grande partie du Genre Humain, comme incapable de contracter d'une maniere à pouvoir s'y fier, & cette confiance ſeroit bannie abſolument entre tous ceux qui ne relevent pas d'une même Juriſdiction; car perſonne ne pouvant avoir une certitude infaillible de la bonne foi de qui que ce ſoit, & la plûpart des Hommes au contraire ayant beaucoup de panchant à l'Infidélité, le moindre ſoupçon, quelque mal fondé qu'il fût, ſuffiroit pour rompre un accord fait entre des gens qui vivent les uns par rapport aux autres

(3) L'auteur ajoûtoit ici, *écrit en François.* Mais s'il avoit pris la peine de lire l'Avertiſſement qui eſt à la tête du Livre intitulé, *Le Corps Politique, ou les Elemens de la Loi Morale & Civile*, &c. imprimé à *Leide*, en 1652. & rimprimé l'année ſuivante chez *Jean & Daniel Elſevier*; il auroit vû d'abord, que ce n'eſt qu'une Traduction. L'endroit dont il veut parler ici eſt au Chap. II. §. 10. de cet Ouvrage. Au reſte, Hobes ne paroît pas avoir changé ici de ſentiment, comme notre Auteur le conjecture. Mais le venin de l'opinion de ce fameux Anglois conſiſte en ce que laiſſant à chacun le droit de juger en dernier reſſort, *s'il eſt vraiſemblable ou non* que l'autre Partie n'effectuera pas ce à quoi elle s'eſt engagée, lorſqu'on aura le premier executé ſes engagemens reſpectifs, ſelon la teneur du Traité; il regarde comme legitime le moindre ſujet de crainte qu'on croit avoir depuis ſur quelque nouvel indice; parcequ'il fonde la défiance ſur des idées outrées d'une malice univerſelle, & qu'il érige d'ailleurs en droit le jugement bon ou mauvais, de chacun. Voyez ce que j'ai dit ci-deſſus, ſur *Liv.* II. Chap. II. §. 3. *Note* 1.

dans l'Etat de la Liberté Naturelle, où chacun ſe conduit uniquement à ſa fantaiſie, & décide en dernier reſſort ſi les ſujets de défiance qu'il croit avoir, ſont ou ne ſont pas vraiſemblables. Ainſi les Conventions ne ſeroient d'aucun uſage hors des Societez Civiles. De-plus, c'eſt avoir trop mauvaiſe opinion du Genre Humain, que de ſe figurer les Hommes généralement ſi peu ſenſibles à la crainte d'une Divinité, à la ſainteté de la foi donnée, & aux lumieres de la droite Raiſon, que ſans le frein des Loix Civiles ils ne fiſſent aucun ſcrupule de manquer à leur parole. L'experience fait voir au contraire, que la beauté & la juſtice naturelle de la Fidélité eſt profondement gravée dans le cœur de chacun, puiſqu'il ne ſe trouve preſque perſonne qui oſe faire profeſſion ouverte de perfidie, & que tous ceux qui violent leurs engagemens, tâchent de perſuader qu'ils ont eu de fortes raiſons de ſe diſpenſer de les tenir. On voit même, que ceux qui manquent de foi à une Nation, ont auſſi-tôt recours à la bonne foi d'une autre, travaillent à s'aſſurer celle-ci par des Alliances, & cherchent dans les promeſſes d'autrui un aſyle contre la vengeance de ceux envers qui ils ne ſe ſont pas eux-mêmes acquittez des leurs. Bien-loin même de ſe défier de tout le monde (4), on préſume pour l'ordinaire, & avec raiſon, que chacun eſt honnête homme, juſques à ce que par de mauvaiſes actions il ait clairement fait voir le contraire. D'où je conclus que, pour des ſoupçons uniquement fondez ſur la corruption générale du Cœur Humain, on n'eſt nullement diſpenſé de tenir ce à quoi l'on s'eſt engagé envers quelqu'un (5). Les Vices particuliers auſquels une perſonne paroît ſujette, ne nous autoriſent pas non-plus à lui manquer de parole: (6) car on peut être, par exemple, voluptueux, yvrogne, cruel, ſans avoir pour cela aucune inclination à violer la foi donnée. Il y a pluſieurs autres Vices, qui par eux-mêmes ne donnent aucune atteinte à la Fidélité: & pour ceux qui ſont capables de l'ébranler, comme par exemple, la légereté d'eſprit, qui fait tourner à tous vents; l'avidité inſatiable de riche ſ-

(4) Il y a ici, dans l'Original, un paſſage de LUCIEN, dans *le Menteur, ou l'Incrédule*, pag 337. Tome II. Edit. Amſtel. Γελοῖα ποιεῖς, ἔφη ὁ Ἴων, ἀπιςῶν ἅπασιν. Ces paroles ſont d'un homme fort crédule en matiere de Magie, & qui reproche à un autre ſon opiniâtreté à refuſer de croire les contes qu'on débite là-deſſus. *Vous êtes ridicule*, lui dit-il, *de ne rien croire.* Mais notre Auteur ne faiſant aucune attention à la ſuite du diſcours, applique cela à une défiance exceſſive qui fait douter de la bonne foi de tout le monde; comme ſi l'Interlocuteur du Dialogue avoit voulu dire: *Vous êtes ridicule de ne vous fier à perſonne.* Il auroit mieux valu rapporter cette maxime judicieuſe du Philoſophe SENEQUE: *Utrumque enim vitium eſt, & omnibus credere, & nulli: ſed alterum honeſtius dixerim vitium, alterum tutius.* » Il ne faut » ni ſe fier à tout le monde, ni ſe défier de tout le » monde. L'un & l'autre eſt un défaut: mais le pre» mier eſt, à mon avis, le plus honnête; & l'autre, » le plus ſûr. *Epiſt.* III. pag. 7. *Edit. Amſt.* 1672. Voyez encore HESIODE, dans ſes *Oeuvres & jours*, verſ. 372. *Edit. Cleric.* Et à l'égard de la maxime ſuivante de notre Auteur, voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. IV. §. 3.

(5) C'eſt donc (ajoûtoit ici notre Auteur) un prétexte bien frivole, que celui dont ſe ſervoient autrefois les *Mitylèniens*, pour colorer l'infraction d'un Traité d'Alliance qu'ils avoient fait avec les *Athéniens*: Καὶ οἱ μὲν ἡμᾶς ἐν τῷ πολέμῳ δεδιότες ἐθεράπευον, ἡμεῖς δὲ ἐκείνους ἐν τῇ ἡσυχίᾳ ἐποιοῦμεν τὸ αὐτὸ ἐποίσμεν· ὅ, τε τοῖς ἄλλοις μάλιςα εὔνοια πίςιν βεβαιοῖ, ἡμῖν τοῦτο ὁ φόβος ἐχυρὸν παρεῖχε· δέει τε τὸ πλέον ἢ φιλίᾳ κατεχόμενοι, ξύμμαχοι ἦμεν. καὶ ὁποτέροις θᾶσσον παράσχοι ἀσφάλεια θράσος, οὗτοι πρότεροί τι καὶ παραβήσεσθαι ἔμελλον. » La crainte que les *Athéniens* avoient de nous pen» dant la Guerre, les obligeoit alors à nous cajoler; » &, par la même raiſon, nous en uſions de même » avec eux pendant la Paix. Au lieu qu'ordinairement » une Bienveillance mutuelle affermit les Alliances, » la Crainte a entretenu la nôtre; deſorte que ſi » aucun de nous ne manquoit à ſes engagemens, c'é» toit la crainte, plûtôt que l'amitié, qui le retenoit. » Ainſi le premier qui auroit trouvé l'occaſion de le » faire ſûrement, ne pouvoit que l'embraſſer avec » joye. THUCYDID. Liv. III. Cap. XII. pag. 154. *Edit.* » *Oxon.*

(6) Mr. HERTIUS, cite ici à propos ces paroles que TERENCE fait dire à un Marchand d'Eſclaves:

*Leno ſum, fateor, pernicies communis adoleſcentium,*
*Perjurus, peſtis: tamen tibi à me nulla eſt orta injuria.*

C'eſt-à-dire, ſelon la verſion de Madame DACIER: » Je l'avouë, je ſuis Marchand d'Eſclaves, la ruïne » commune des Jeunes gens, un parjure, une peſte » publique; avec tout cela, je ne vous ai fait aucun » tort. *Adelph.* Act. II. Scen. I. verſ. 34, 35.

ſes, qui porte à fouler aux pieds les choſes les plus ſacrées; l'ambition de regner, qui domine dans le cœur de bien des gens; tous ces Vices pourtant, & autres ſemblables, ne fourniſſent point par eux-mêmes un ſujet ſuffiſant de refuſer à celui en qui on les remarque, l'accompliſſement de ce qu'on lui a promis; car outre que ſouvent une Paſſion particuliere fait commettre des injuſtices à l'égard de certaines perſonnes, ſans empêcher néanmoins de rendre aux autres ce qu'on leur doit, par cela même qu'on ſe détermine à traiter avec un homme dont on connoît les inclinations vicieuſes, on déclare hautement que ces mauvaiſes diſpoſitions ne ſuffiſent pas pour nous rendre ſa fidélité ſuſpecte, & par conſéquent on renonce au droit que ſes mœurs pourroient nous donner de retracter nôtre parole. Autrement, ſi l'on ſuppoſe que dans le tems même qu'on traitoit on s'eſt tacitement reſervé le droit de ſe dédire quand on voudroit, il n'y aura point eu de véritable engagement; la Convention ſe réduit à un ſimple jeu (7). Mais lorſqu'on a été actuellement trompé par quelqu'un, ce ſeroit une ſouveraine imprudence que de traiter de nouveau avec lui ſans en exiger quelque ſureté particuliere. *Si quelqu'un me trompe une fois*, diſoit un ancien Proverbe, *que les Dieux le puniſſent; mais s'il me trompe deux fois, que les Dieux me puniſſent, moi* (8). Lors même que, tout étant déja conclu on découvre par des indices certains, que l'autre Contractant trame quelque tromperie, il faudroit être bien ſot pour ſe laiſſer dupper de gayeté de cœur. J'avouë encore, que ſi un homme fait profeſſion ouverte de fouler aux pieds les Engagemens les plus inviolables, ou s'il eſt dans quelque opinion qui mêne là tout-droit, par une conſéquence néceſſaire on ne doit point ſe fier à ſa parole, à moins qu'on ne puiſſe le forcer à la tenir, ou qu'il n'ait un intérêt manifeſte de ne pas y manquer. Tels ſont les (9) Athées, qui nient ou l'exiſtence, ou la Providence d'une Divinité; comme auſſi ceux qui croyent l'Ame mortelle, ſentiment qui n'eſt pas fort éloigné de l'Athéïſme: car les uns & les autres ne peuvent que meſurer toute ſorte de droit à leur utilité particuliere, telle que leur propre jugement la leur repréſente. On peut rapporter encore ici ceux qui exercent

(7) Je me ſouviens ici d'un beau paſſage de CICERON: *Nam illud quidem*,

Neque dedi; neque do fiedem infideli cuiquam: *idcirco rectè à Poëta; quia cum tractaretur* Atreus, *perſonæ ſerviendum fuit. Sed ſi hoc ſibi ſumunt: nullam eſſe fidem, quæ infideli data ſit, videant, ne quæratur latebra perjurio.* „ Lorſqu'un Poëte fait dire à *Atrée:* „ *Je n'ai point donné, & je ne donne point ma foi à qui* „ *n'en a point*; il a raiſon de faire parler ainſi ce „ méchant Roi, pour bien repréſenter ſon caractere. „ Mais ſi l'on veut établir là-deſſus pour régle gene- „ rale, Que la foi donnée à un homme ſans foi eſt „ nulle, je crains bien qu'on ne cherche, ſous ce „ prétexte ſpécieux, une excuſe au Parjure & à l'Infi- „ délité. *De Offic.* Lib. III. Cap. XXIX.

(8) *Primò quidem decipi, incommodum eſt: iterum, ſtultum: tertiò, turpe. . . . Summa igitur amentia eſt, in eorum fide ſpem habere, quorum perfidiâ toties deceptus ſis.* CICER. *de Invent.* Lib. I. Cap. XXXIX. Voyez auſſi HOMER. Iliad. Lib. III. verſ. 105, 106. CICER. Lib. I. *in Verr.* Cap. XV. p. 446. *Edit. Græv.* &, *pro Caj. Rabir. Poſthum.* Cap. XIII. pag. 66. SENEC. *de Benefic.* Lib. IV. Cap. XXVII. in fin. *Polyb.* Lib. VIII. Cap. I. II. & Lib. X. Cap. XXXIV, Toutes citations de l'Auteur. Voyez *le Traité de l'Amitié* par Mr. DE SACY, pag. 56. *Edit. de Holl.*

(9) Mr. VANDER MUELEN (dans ſon Commentaire ſur GROTIUS, Tome II. page 177.) n'oſe ſouſcrire ici au ſentiment de notre Auteur. „ Car, „ dit-il, l'expérience fait voir, que ces ſortes de „ gens, à moins que d'avoir entierement dépouillé „ toute humanité, obſervent pour l'ordinaire ce qui „ eſt conforme aux régles de l'Honnêteté & de la „ Bienſéance établies parmi les Hommes; & que s'ils „ ne s'y attachent pas par la crainte d'une Divinité, „ ils le font du moins en vûë de leur propre avantage „ & de leur conſervation. Ainſi, quoique l'on ſçache „ qu'un homme eſt imbu de cette opinion deteſtable, „ on n'a pas droit, ſous ce prétexte, de lui manquer „ de parole, & de ſe diſpenſer d'accomplir les con- „ ventions qu'on avoit faites avec lui. Il étoit libre „ de s'engager ou non envers un tel homme; mais „ du moment que tout eſt conclu & arrêté avec lui, „ il faut néceſſairement tenir ce qu'on a promis. Au- „ tre choſe eſt, quand il s'agit d'Aſſaſſins, de Bri- „ gands, de Corſaires, &c. „ Mr. BAYLE a auſſi fait voir au long, dans ſes *Penſées ſur la Comete*, & dans la *Continuation* de cette Ouvrage, que les Athées ne ſont pas toûjours des ſcélérats & des perfides, & qu'ils peuvent, par un principe d'Honneur, ou par d'autres motifs humains, s'abſtenir de certains Vices groſſiers.

(10) L'Auteur

exercent un métier accompagné d'une profeſſion ouverte de Crime; comme ſont les Corſaires (10), les Brigands, les Aſſaſſins, les Courtiſanes, ceux ou celles qui font un infâme trafic de la proſtitution de la Jeuneſſe, & autres gens de ce caractere, dans l'eſprit deſquels le Parjure paſſe pour une bagatelle (11). Enfin, quoique la raiſon d'HOBBES, alleguée ci-deſſus, ne ſuffiſe pas pour perſuader que toutes les Conventions faites dans l'Etat de Nature ſont nulles & de nul effet, elle ne laiſſe pas de nous donner lieu d'établir ces maximes de Prudence: Que l'on ne doit pas compter beaucoup ſur un Traité, à moins que l'autre Partie n'ait autant d'intérêt que nous à l'obſerver, & qu'elle ne ſoit menacée, ſi elle y manque, d'un mal certain plus conſidérable que l'incommodité ou le deſavantage qu'elle trouve à tenir ſes engagemens: Que, quand on traite avec un plus puiſſant que ſoi, on doit bien ſtipuler, qu'il effectuera le premier les articles de la Convention; autrement ſi l'on commence ſoi-même à les exécuter, ou il ſe moquera enſuite de nous, ou il fera dépendre de ſon pur (b) bon plaiſir l'accompliſſement de ce qu'il doit faire en nôtre faveur: Que ſi, en affectuant ce à quoi l'on s'eſt engagé, on augmente les forces de l'autre Contractant, au préjudice des ſiennes propres, on ne peut alors, ſans un danger manifeſte d'être opprimé, accomplir ce que l'on a promis, dans l'eſperance que l'autre Contractant, devenu plus fort par ce moyen, nous fournira enſuite du ſecours ſelon ſes promeſſes; car ce ſeroit être duppe que de donner ſon bien pour de ſimples paroles, des écrits, ou des ſeaux, tant qu'on n'a que la bonne foi pour ſureté contre les attentats auſquels l'Avarice ou l'Ambition pourroient porter celui avec qui l'on a fait quelque traité (12). En un mot, *on a toûjours plus de ſujet de ſe* (13) *fier à un Egal, qu'à un plus puiſſant que ſoi.*

(b) Voyez la réponſe d'un Général des *Achéens* nommé *Socrate*, aux demandes d'*Artaxerxe*; dans *Diodore de Sicile*, Lib. XIV. Cap. XXIV. pag. 256. A. *Edit. Rhodoman.*

§. X. A L'ÉGARD de la *crainte où l'on eſt jetté par la vûë d'un grand Mal qui nous menace de près*, il faut reprendre la choſe d'un peu plus haut. Je ſuppoſe donc ici que nôtre *Volonté* ſe porte par un panchant naturel à ce que l'on juge *bon*. Or l'éloignement d'un *Mal* dont on eſt menacé, ne paroît pas une choſe moins bonne & moins déſirable que l'acquiſition d'un *Bien* qui nous manque; &, pour parvenir à l'une ou à l'autre de ces fins, on embraſſe quelquefois des moyens qui d'ailleurs ne ſont point par eux-mêmes conformes à nôtre inclination: avec cette différence, que ce qu'il y a d'incommode & de fâcheux dans de tels moyens, eſt plus adouci par l'eſpérance d'acquérir (1) un Bien, que par le déſir d'éviter un Mal. Auſſi ARISTOTE (a)

3. Pour conſentir véritablement, il faut *agir avec une entiere liberté*, & par conſéquent ſans être porté à promettre ou à traiter par la *crainte de quelque mal.*

(a) *Ethic. Nicom.* Lib. III. Cap. I.

(10) L'auteur ne parle que de la circonſpection qu'on doit apporter à traiter avec de telles gens; car du reſte, il ne nie pas qu'on ſoit obligé de tenir ce qu'on a bien voulu leur promettre. Voyez ce qu'il dit un peu plus bas, §. 11. dans l'endroit où il examine la maxime de CICERON, *de Offic.* Lib. III. Cap. XXIX. Voyez auſſi Liv. VIII. Chap. IV. §. 5.

(11) Notre Auteur rapportoit ici la réfléxion que fait TACITE à l'occaſion d'un certain *Gannaſcus*, qui après avoir été long-tems au ſervice des *Romains*, paſſa du côté des *Germains*: *Nec irritæ aut degeneres inſidiæ fuere adverſus transfugam & violatorem fidei.* Annal. Lib. XI. Cap. XIX. „ Il tomba dans les embûches qu'on „ lui avoit dreſſées, & lon ne crut point cette voye „ deshonnête pour punir un Transfuge & un Perfide. „ Ce paſſage eſt apparemment allegué, comme un argument du plus au moins. Si l'on peut tromper de propos déliberé ces ſortes de gens, on peut, à plus forte raiſon, ne pas ſe fier à leurs promeſſes.

(12) Il y a ici, dans l'Original, un paſſage d'un Hiſtorien de la République de *Veniſe*, (ANDR. MAUROCEN. Liv. V. pag. 193. B. *Edit. Venet.*) qui n'eſt pas fort néceſſaire, puiſqu'il traite en general des inconveniens qu'il y a dans les Alliances qu'un Etat fait avec d'autres.

(13) J'ai rapporté ici ce paſſage de QUINTILIEN, que l'Auteur citoit un peu plus haut. *Facilior ſperatur fides ex pari.* Declam. CCCXII.

§. X. (1) Par exemple, les anciens Athlétes, (comme le remarquoit notre Auteur un peu plus bas) ſupportoient gayement un régime de vie fort auſtere, & de rudes fatigues, pour tâcher de remporter la Couronne des *Jeux Olympiques.* Voyez EPICTET. *Enchirid.* Cap. XXXV. Au reſte, ce que notre Auteur dit ici n'eſt point contraire à la maxime que nous avons défenduë ci-deſſus après lui, Liv. I. Chap. VI. §. 14. Note 4. Car, quoiqu'en general l'Homme ſoit plus ſenſible au Mal qu'au Bien, cela n'empêche pas qu'on ne ſe réſolve quelquefois à certaines choſes d'ailleurs déſagréables en elles-mêmes, pour acquérir un Bien que l'on regarde comme beaucoup plus conſidérable, ou pour éviter un Mal plus fâcheux. Et

ne donne-t-il le nom d'*Actions* (2) *Mixtes* qu'à celles qui ont pour motif l'éloignement d'un Mal plus conſidérable, comme quand on jette ſes marchandiſes dans la Mer de-peur de faire naufrage. Mais quoique ces ſortes d'Actions doivent paſſer pour Volontaires en partie, & que l'on recherche alors véritablement, eu égard à l'état préſent des choſes, le moindre de deux Maux auſquels on ſe voit inévitablement expoſé, cela ne ſuffit pas pour produire une Obligation valide envers l'auteur de la crainte; car on ne ſauroit concevoir d'Obligation, ſans un droit qui y réponde. On ne doit rien, tant que perſonne ne peut légitimement nous rien demander. Ainſi ce n'eſt pas aſſez que l'on faſſe de ſon côté ce qui eſt neceſſaire pour s'impoſer à ſoi-même une Obligation, il faut encore que l'autre Contractant aït les qualitez requiſes pour acquérir par-là un vrai droit. Lors donc que la crainte qui nous porte à promettre ou à traiter, ſuppoſe dans celui de qui elle vient, un défaut qui le rend incapable d'acquérir aucun droit par rapport à nous, elle empêche l'effet de l'Obligation qui auroit réſulté d'ailleurs des ſignes extérieurs de conſentement que l'on a été contraint de donner (3). Or ce défaut c'eſt l'Injure ou l'Injuſtice, qui certainement (4) ne ſauroit produire ni directement, ni indirectement, la choſe du monde qui lui eſt la plus oppoſée. En effet, la Loi Naturelle nous ordonnant d'exécuter ponctuellement tout ce que les autres ont droit d'exiger de nous, il eſt abſurde de s'imaginer que d'une injuſtice, c'eſt-à-dire, d'une Action contraire à la Loi Naturelle, il puiſſe rien naître qui ſoit autoriſé & rendu inviolable par les maximes de cette Loi, & qu'elle ſerve ainſi elle-même à ſe détruire (5). Certainement une Loi, qui défend de voler, ne ſauroit

alors l'eſpérance du Bien fait trouver les moyens moins incommodes, que ne feroit le déſir d'éviter le Mal, tant parcequ'on embraſſe ces moyens avec une entiere liberté dans le premier cas & non pas dans le dernier, qu'à cauſe que l'acquiſition du Bien eſt quelque choſe de poſitif, qui procure un nouveau plaiſir ou une nouvelle utilité; au lieu que la délivrance du Mal ne fait que laiſſer dans l'état où l'on étoit.

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. IV. §. 9.

(3) *Nihil conſenſui tam contrarium eſt, qui ac bonæ fidei judicia ſuſtinet, quàm vis atque metus: quem comprobare: contra bonos mores eſt.* DIGEST. *Lib.* L. *Tit.* XVIII. *De diverſis regulis Juris*, Leg. CXVI. Voyez tout le Titre II. du Liv. IV. *Quod metus cauſa geſtum erit*; & les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, Part. I. Liv. I. Tit. XVIII. Sect. II. Ajoûtons encore ce que dit CICERON: *Jam illis promiſſis ſtandum non eſſe, quis non videt, quæ coactus quis metu, quæ deceptus dolo promiſerit? Quæ quidem pleraque Jure Prætorio liberantur, nonnulla Legibus.* De Offic. *Lib.* I. Cap. X. » Pour les Promeſſes arrachées par crainte ou ſur» priſes par fraude, qui ne voit qu'on n'eſt point » obligé de les tenir? Auſſi en eſt-on relevé de la plû» part par le Préteur, & de quelques-unes, par les » Loix même » *Solon*, (au rapport de PLUTARQUE, ſelon la verſion de Mr. DACIER) » *Solon*, dis-je, » en permettant de donner tout à qui l'on voudroit, » par teſtament, quand on étoit ſans Enfans, n'au» toriſa pourtant pas indifféremment toutes ſortes de » Donations, & n'approuva que celles qu'on avoit » fait librement, ſans aucune violence, & ſans avoir » l'Eſprit aliené & corrompu par des breuvages, par » des charmes, ou par les attraits & les careſſes d'une » Femme; perſuadé avec juſtice qu'il n'y a aucune » différence entre être ſeduit & être forcé, & met» tant en même rang la Surpriſe & la Force, la Vo» lupté & la Douleur, comme des moyens qui peuvent » également troubler la Raiſon: Εὖ πάνυ καὶ προσηκόντως, τὸ πεισθῆναι παρὰ τὸ βέλτιςον, οὐδὲν ἡγούμενος τοῦ βιασθῆναι διαφέρειν, ἀλλ᾽ εἰς ταυτὸ τὴν ἀπάτην τῇ ἀνάγκῃ, καὶ τῷ πόνῳ τὴν ἡδονὴν θέμενος, ὡς οὐχ ἧττον ἐκςῆσαι λογισμὸν ἀνθρώπου δυναμένων. Pag. 90. A. *Edit. Wechel.*

(4) Voyez la Loi du *Digeſte*, que j'ai citée §. 8. *Note* 4.

(5) Pour achever de developper cette matiere, il faut faire encore ici quelques refléxions. I. La raiſon que nôtre Auteur allégue, tirée de l'incapacité qui ſe trouve dans l'Auteur de la crainte d'acquerir aucun droit par rapport à l'autre Contractant, eſt ſans contredit très-ſolide; mais il y en a une autre qui regarde directement la perſonne même que la Crainte fait agir, c'eſt que le conſentement n'eſt pas entierement libre, tel que le demandent les promeſſes & les Conventions, qui ſont des engagemens volontaires. Il n'en eſt pas ici comme des Actions criminelles & mauvaiſes en elles-mêmes, qu'on ne doit jamais commettre par la crainte des plus grandes menaces; quoique la violence, à laquelle on ſuccombe, en diminuë l'énormité. Comme l'on pouvoit & l'on devoit obéïr à la Loi qui les défend, on eſt cenſé libre autant qu'il eſt néceſſaire pour ſe rendre coupable, lors même qu'on ne s'y porte que par la vûë d'un mal fâcheux dont on eſt menacé de près. Mais, en matiere de Promeſſes & de Conventions, tout ce que l'on n'auroit pas fait ſans l'artifice ou la contrainte injuſte de celui envers qui l'on s'eſt engagé, eſt cenſé avec raiſon n'avoir pas pour principe un veritable Conſentement, & par conſequent eſt nul de lui-même, parce qu'il s'agit de choſes indifférentes, auſquelles on ne doit ſe déterminer qu'autant qu'on le juge à propos. La Loi, qui

faire regarder le Larcin comme une maniere d'acquérir légitimement quoi que ce ſoit.

§. XI. Mais il faut bien examiner ici avant toutes choſes, 1. Si la crainte vient de celui avec qui l'on a à faire, ou de quelque autre. 2. Et enſuite ſi elle eſt juſte ou injuſte; c'eſt-à-dire, ſi celui qui ſe ſert de cette voye pour arracher nôtre conſentement, a droit ou non de le faire.

Régles pour diſcerner en quel cas la Crainte annulle ou n'annulle pas les Promeſſes & les Conventions.

nous laiſſe la liberté de les faire ou de ne pas les faire, ne ſçauroit nous impoſer la néceſſité de tenir ce à quoi nous nous ſommes engagez là-deſſus malgré nous & contre nôtre intérêt. La raiſon & la Prudence, veulent qu'en ce cas-là on prenne le parti de ceder en apparence ſes droits plûtôt que de s'expoſer aux effets de la violence : mais le péril paſſé, rien ne nous oblige à ratifier un acte nul en lui-même; à moins qu'on n'eût à craindre quelque ſuite plus fâcheuſe que ce qu'il en coûteroit. Mr. Daumat, qui ſe ſert, ( dans ſes *Loix Civiles réduites en ordre naturel*, Part. I. Liv. I. Tit. XVIII. Sect. II ) de la raiſon que je viens d'alléguer, pour faire voir la nullité des engagemens forcez, mais qui l'explique d'une maniere aſſez embrouillée; n'auroit pas dû oublier l'autre raiſon, priſe de celui qui contraint à promettre ou à traiter. Mr. Gundling, dans un Traité d'ailleurs curieux & utile, *De efficientia Metus, tum in promiſſionibus Liberarum Gentium, tum etiam Hominum privatorum*, &c. Cap. I. 25, *& ſeqq.* rejette ce principe de la pleine liberté qu'il doit y avoir dans ſes engagemens : mais ils ſe fondent ſur de pures ſubtilitez, & ſur un malentendu. Celui, dit-il, qui agit par crainte, *veut, & veut avec ardeur* ce à quoi il ſe determine. Son action eſt donc auſſi volontaire, quand il s'engage par ce motif, que quand ce même motif le porte à commettre un Crime. Perſonne ne nie, qu'il n'y ait ici un acte de *Volonté :* je dis même qu'il n'y ait une eſpece de *Liberté*; car à parler abſolument, un homme dans le cas dont il s'agit, pourroit ne pas promettre, par exemple, cent Ecus au Voleur qui lui tient le piſtolet à la gorge, & ſe laiſſer plûtôt tuer. Mais qu'il veuille avec ardeur (*vehementer cupere*) faire une telle promeſſe, c'eſt ce qu'on ne ſçauroit accorder, pour peu que l'on faſſe réfléxion ſur ce que chacun peut ſentir ſoi-même; le *déſir* de l'Ame, ſon panchant, ſon inclination, eſt alors manifeſtement contraire au parti qu'elle prend : elle ne le prendroit point ſans contredit, ſi elle ne jugeoit à propos, & avec raiſon, d'éviter par-là un plus grand mal. Ainſi elle n'eſt point *libre* en ce ſens, comme elle doit l'être en matiere d'Engagemens que rien ne l'oblige de contracter, tant qu'ils ne ſont pas conformes à ſes déſirs. Au lieu que quand il s'agit d'actions criminelles, dont on doit s'abſtenir abſolument, il ſuffit que l'on puiſſe, quoiqu'avec peine, réſiſter à la vûë d'un grand mal, pour qu'elles ſoient imputées. Cette difficulté diminuë la faute, parce qu'elle ſuppoſe une répugnance à ſuccomber, & un déſir de n'être pas réduit à cette extrémité : mais elle n'excuſe pas entierement, & quand on a aſſez de courage pour le ſurmonter, elle ſert à relever le prix de l'obéïſſance à la Loi. Je n'en dirai pas davantage ſur une choſe ſi claire: il eſt tems de revenir au ſujet principal de cette Note. II. Nôtre Auteur ſemble croire, que le mal dont l'appréhenſion ſuffit pour annuller les Promeſſes ou les Conventions forcées, doit être un mal redoutable, dont la vûë puiſſe ébranler les perſonnes les plus courageuſes. C'eſt du moins la déciſion des Juriſconſultes Romains, qui bornent ici la crainte à un danger de Mort, de l'Eſclavage, des Coups, des Tourmens, de la Priſon, & autres choſes ſemblables. Voyez Digest. Lib. IV. Tit. II. *Quod metus cauſſâ*, &c. Leg. V. VI. *& ſeqq.* Cod. Lib. II. Tit. XX. Leg. VII. & Lib. II. Tit. IV. *De tranſaction.* Leg. XIII. Mais, comme on ſuppoſe toûjours ici que la crainte ſoit injuſte, je ne vois pas pourquoi l'apprehenſion d'un mal léger ne ſuffiroit pas pour annuller les Promeſſes ou les Conventions, lorſqu'elle en a été le principal motif, & que ſans cela on ne ſe ſeroit point determiné à conſentir. La moindre injuſtice ne donne pas ce me ſemble, plus de droit à ſon Auteur, que la plus grande. Il ſuffit donc que la crainte ne ſoit pas entierement vaine; car celui qui ſe laiſſe gagner à des terreurs paniques, ne doit s'en prendre qu'à lui-même. *Vani timoris juſta excuſatio non eſt.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſ. Reg. Jur.* Leg. CLXXXIV. D'ailleurs, comme le remarque très-bien Mr. Daumat, tout le monde n'a pas la même fermeté pour réſiſter aux violences & aux menaces. Il y a des gens ſi foibles & ſi timides, qu'ils ſuccombent aux moindres impreſſions. Ainſi une petite violence fait à leur égard le même effet, qu'une grande violence à l'égard des perſonnes courageuſes; & c'eſt principalement en faveur des plus foibles & des plus timides que les Loix puniſſent les Voyes de fait & les oppreſſions. Que ſi ces mêmes Loix ne mettent pas la crainte d'un mal léger parmi les cauſes qui opérent la caſſation d'un Contract, cela vient, ou peut venir, ſelon la réfléxion judicieuſe de Mr. La Placette ( dans ſon *Traité de la reſtitution*, page 266. ) de ce que les Légiſlateurs ont voulu aller au devant de la multiplication des Procez, qui eſt ſans contredit un très-grand mal. Mais, ajoûte-t-il, ils ont laiſſé les Droits de la Conſcience dans leur entier, & leur autorité n'empêche pas qu'on ne doive obſerver exactement ce que cette Loi intérieure preſcrit ſur ce ſujet, & ſur tout autre ſemblable. Concluons donc que, par le Droit Naturel, toute menace, & en général toute impreſſion illicite, qui porte quelqu'un contre ſon gré à donner un conſentement qu'il ne donneroit pas ſans cela, le dépouille de la liberté néceſſaire pour former un Engagement valide, & par conſéquent rend nulles les Promeſſes & les Conventions qu'il a faites dans ces ſortes de conjonctures. J'ajoûterai ſeulement un paſſage de Platon, où ce Philoſophe dit que les Conventions auſquelles on s'eſt déterminé par l'effet d'une violence injuſte, ne doivent pas être valides, non-plus que celles qui ſont contre les Loix, ou celles dont l'exécution n'eſt plus en nôtre pouvoir à cauſe de quelque accident imprévu, qui fait qu'on y manque malgré ſoi. Ὅσα τὶς ἂν ὁμολογῶν ξυνθέσθαι, μὴ ποιῇ κατὰ τὰς ὁμολογίας, πλὴν ὧν ἂν νόμοι ἀπείργωσιν, ἢ ψήφισμα, ἢ τις ὑπὸ ἀδίκου βιασθεὶς ἀνάγκης ὁμολογήσῃ· καὶ ἐὰν ὑπὸ τύχης ἀπροσδοκήτου τὶς ἄκων κωλυθῇ. δίκας εἶναι τῶν ἄλλων ἀτελοῦς ὁμολογίας ἐν ταῖς φυλετικαῖσι δίκαις, &c. De Legibus, *Lib. XI. p.* 920. D. Tome II. *Edit. Stephan.*

*Lorſque l'on s'eſt engagé à quelque choſe envers une perſonne, pour ſe garantir d'un mal fâcheux dont on étoit menacé de la part d'un tiers, ſans que celui-ci fût ſollicité par l'autre, ou qu'il y eût entr'eux de la colluſion; l'engagement eſt valide ſans contredit* (1). En effet, celui à qui l'on s'eſt engagé en ce cas-là, n'a rien qui le rende incapable d'acquérir quelque droit par rapport à nous; bien-loin de là, il pourroit légitimement prétendre, indépendamment même de toute convention, qu'on lui ſçût gré & qu'on lui témoignât de la reconnoiſſance de ce qu'il a prévenu ou fait ceſſer le mal dont on étoit menacé de la part d'autrui. Qui doute, que ſi l'on a, par exemple, loüé un homme pour nous eſcorter dans un voyage, & pour nous défendre contre les Voleurs de grand chemin, (2) on ne doive lui payer exactement le ſalaire qu'on lui a promis? Il y a non ſeulement de la mauvaiſe foi, mais encore de l'ingratitude, dans le procedé de ceux qui ſe voyant menacez d'un danger preſſant, font de belles promeſſes à quelqu'un pour l'engager à les ſecourir; mais qui enſuite, après avoir été délivrez par ſon moyen du péril, cherchent des défaites pour renvoyer de jour à autre l'accompliſſement de leur parole.

*Les Promeſſes & les Conventions ſont auſſi valides, lorſqu'on les a faites malgré ſoi, par ordre d'une perſonne* (3) *qui avoit droit de nous contraindre, par la crainte d'une peine qu'elle pouvoit nous infliger légitimement.* Car alors il n'y a aucune incapacité dans celui en faveur de qui on s'eſt engagé, & l'on ne doit s'en prendre qu'à ſoi-même de ce qu'il a fallu nous arracher un conſentement que l'on devoit donner de bonne grace. Si donc un Prince, par exemple, envoyant des troupes à un autre pour la défenſe de ſon Païs, ordonne pour plus grande ſureté, à chacun des Soldats qui les compoſent, de prêter ſerment de fidelité à ce Prince étranger, ces Soldats ne pourront point éluder leurs engagemens ſous prétexte qu'ils y ont éte forcez; parceque celui de la part de qui eſt venue la crainte, avoit droit d'exiger cela d'eux à quelque prix que ce fût. De même, ſuppoſé qu'un Pere puiſſe légitimement marier ſa Fille à qui il veut, bongré malgré qu'elle en ait, lorſque cette Fille, pour obéïr à ſon Pere, a donné ſa foi à un Epoux qu'elle n'aimoit point, elle ne ſauroit plus s'en dédire; car l'Epoux n'a rien qui le rende incapable d'acquérir un droit ſur ſon Epouſe par l'engagement où elle eſt entrée, & l'Epouſe devoit obéïr à ſon Pere ſans réſiſtance.

Hors ces cas-là les Juriſconſultes Romains ont raiſon de dire (4), qu'il n'importe

§. XI. (1) On trouvera cette régle plus diſtinctement expliquée dans ce que j'ai dit ſur GROTIUS, *Droit de la Guerre & de la Paix*, Liv. II. Chap. XI. §. 7. après la *Note* 5.

(2) *Si quo magis te de vi hoſtium, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid à te accepero, vel te obligavero; non debere me hoc Edicto teneri, niſi ipſe hanc tibi vim ſummiſi. Ceterùm ſi alienus ſum à vi, teneri me non debere: ego enim operæ potius meæ mercedem accepiſſe videor.* DIGEST. *Lib.* IV. *Tit.* II. *Leg.* IX. §. 1. *Quod metus cauſſâ.*

(3) *Non eam* [*vim*] *quam Magiſtratus intulit, ſcilicet jure licito, & jure honoris, quem ſuſtinet.* Ibid. Leg. III. §. 1. L'Auteur ajoûte dans ſon Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. IX, §. 15. *par reſpect ou par déference pour une perſonne à qui l'on a de grandes obligations.* Et c'eſt à cela que ſe rapporte l'exemple d'un Enfant qui ſe marie contre ſon gré pour faire plaiſir à ſon Pere, quoiqu'il pût abſolument s'en diſpenſer. Voyez ci-deſſous Liv. VI. Chap. II. §. 14. Une telle contrainte laiſſe ſubſiſter l'engagement dans toute ſa force; & cela eſt ainſi décidé dans le Droit Romain, ſelon lequel un Fils même ſous puiſſance, ne pouvoit point être forcé par ſon Pere à ſe marier, car il n'en etoit pas de même des Filles: *Si patre cogente ducit uxorem* [ Filius familias, qui non cogitur uxorem ducere ] *quam non duceret, ſi ſui arbitrii foret, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluiſſe hoc videtur.* DIGEST. Lib. XXIII. Tit. II. *De ritu Nupt.* Leg. XXI. & XXII. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT, ſur ce Titre, *page* 489, 490. Mr. BOEHMER, dans une Diſſertation *De Matrimonio coacto*, publiée en 1721. (*pag.* 29.) s'eſt aviſé d'une nouvelle explication de cette Loi. Il prétend qu'il s'agit d'un Fils que ſon Pere a contraint véritablement à ſe marier, mais en lui laiſſant le choix de l'Epouſe. Je ne ſçai ſi bien des gens goûteront cette conjecture. J'avouë qu'elle me paroit tout-à-fait forcée.

(4) *In hac actione non quæritur, utrum is qui convenitur, an alius metum fecit: ſufficit enim hoc docere metum ſibi illatum, vel vim; & ex hac re eum qui conve-*

que la crainte vienne de la part de celui à qui l'on s'engage, ou de la part d'un tiers; car alors perſonne n'ayant droit de nous contraindre, & la crainte étant le motif principal du conſentement que l'on donne malgré ſoi, & non pas une ſimple occaſion qui nous porte à promettre ou à traiter; la Promeſſe ou la Convention ne peuvent qu'être invalides. C'eſt ce qu'établit SENEQUE, dans ſes *Controverſes:* (5) *Si les Loix*, dit-il, *annullent les Conventions forcées, ce n'eſt pas tant pour punir l'auteur de la violence, que pour proteger celui qui la ſouffre. Elles ſuppoſent qu'il y a de l'injuſtice à autoriſer les engagemens où une perſonne eſt entrée contre ſa volonté. Or il n'importe par qui l'on ait été forcé: car ce qui rend la Convention invalide, ce n'eſt pas la qualité de la perſonne qui l'extorque, mais le malheur de celui qui cede à la violence. . . . . Et celui qui veut profiter de la violence dont un autre uſe envers nous, eſt auſſi coupable que lui.*

Pour *les Promeſſes & les Conventions auſquelles on eſt forcé par une violence injuſte de la perſonne même à qui l'on s'engage, elles ſont toûjours, à mon avis, entierement nulles.* Car chacun étant tenu, par le Droit Naturel, de reſtituer ce qu'il a extorqué par une crainte injuſte, & par conſéquent de dédommager l'autre Partie du préjudice que lui cauſe l'Engagement auquel on l'a forcée; (6) ſi on ne le fait pas inceſſamment, l'obligation eſt cenſée éteinte par une eſpece de (7) compenſation (a). Et il faudroit être bien ſot pour vouloir, lorſqu'on eſt en lieu de ſureté, payer ce que l'on avoit promis par force, (8) & que l'on prétendroit enſuite ſe faire rendre, d'au-

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XLIV. Tit. IV. *De doli mali & metus exceptione*, Leg. VIII.

*nitur, etſi crimine caret, lucrum tamen ſenſiſſe; nam cum metus habeat in ſe ignorantiam, merito quis non adſtringitur, ut deſignet, quis ei metum vel vim adhibuit: & ideo ad hoc tantum actor adſtringitur, ut doceat metum in cauſa fuiſſe, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret.* DIGEST. *Lib.* IV. *Tit.* II. *Quod metus cauſa*, Leg. XIV. §. 3. Les Juriſconſultes Romains, fondez ſur un principe ſubtil de leur Juriſprudence, ſelon lequel l'*Action pour cauſe de crainte* étoit en partie perſonnelle, en partie réelle, ne diſtinguent point ici, ſi celui avec qui l'on a contracté ſçavoit ou ignoroit la crainte par laquelle on y a été porté. Il y a pourtant une Loi du CODE, où l'on ſemble ſuppoſer que ce motif ſoit connu de l'autre Partie, & il s'agit là d'une Vente forcée: *Non intereſt, à quo vis adhibita ſit Patri & Patruo tuo, utrum ab Emtore, an vero*, SCIENTE EMTORE, *ab alio, ut vi metuve poſſeſſionem vendere cogerentur.* COD. Lib. II. Tit. XX. *De his quæ vi*, &c. Leg. V. Mais, outre que ces mots, *ſciente Emtore*, ne ſe trouvent point dans les BASILIQUES, on ne ſçauroit en tirer aucune conſéquence, pour fonder là-deſſus une régle générale, parcequ'ils ſont tirez d'un Reſcript accommodé au cas particulier dont il s'agiſſoit, comme le remarque très-bien Mr. NOODT, *pag.* 110. & Mr. SCHULTING, ſur le Titre du DIGESTE, *Quod Metus cauſſa*, &c. §. 5. Ainſi il n'y a nulle apparence, que l'Empereur GORDIEN, de qui eſt ce Reſcript, ait penſé à faire une diſtinction, qui néanmoins eſt à mon avis, très-bien fondée, à en juger par les principes de l'Equité Naturelle, comme je l'ai remarqué dans une Note ſur GROTIUS, qui vient d'être indiquée au commencement de ce paragraphe.

(5) *Neque enim Lex adhibenti vim iraſcitur, ſed paſſo ſuccurrit: & iniquum illi videtur, id ratum eſſe, quod aliquis, non quia voluit, pactus eſt, ſed quia coactus eſt. Nihil autem refert per quem illi neceſſe fuit. Iniquum enim quod reſcinditur, facit fortuna ejus qui paſſus eſt, non perſona facientis.* M. SENEC. *Controv.* Lib. IV. *Controv.* XXVI. page 249. Edit. Gronov. *Æquè dignus eſt pœnæ, qui ipſe vim adhibet, & qui ab alio admota ad lucrum ſuum utitur.* Idem, *Excerpt. Controv.* Lib. IV. *Controv.* VIII. page 367. Voyez Mr. NOODT, *de Juriſdict. & Imperio*, Lib. II. Cap. XIV.

(6) Il n'eſt point néceſſaire de recourir à cette fiction de droit, & l'Auteur devoit d'autant plus s'en abſtenir qu'il la condamne lui-même, en critiquant la penſée de GROTIUS, ſur la fin du §. 12. de ce Chapitre. Il ſuffit de poſer les principes que l'on à établis ci-deſſus, ſçavoir l'incapacité où eſt l'auteur de la violence d'acquerir aucun Droit par les engagemens qu'il extorque; & le défaut de liberté dans la perſonne qui donne un conſentement forcé. Voyez §. 10. & la Note 5. Le raiſonnement dont nôtre Auteur ſe ſert ici, ne pourroit tout au plus être regardé que comme un argument *ad hominem* contre les Juriſconſultes Romains, qui cherchant de vains détours dans cette matiere, auſſi-bien que dans les autres ſemblables, ſoûtiennent que les Contracts de droit rigoureux extorquez par une crainte injuſte, ſont valides en eux-mêmes, quoiqu'ils doivent enſuite être annullez par le Préteur. Voyez INSTIT. Lib. IV. Tit. XIII. *De exceptionibus*, §. 1. & Mr. NOODT, *de forma emendandi doli mali*, &c. Cap. XVI.

(7) C'eſt un terme de Juriſprudence, par lequel on entend l'acquit réciproque entre deux perſonnes qui ſe trouvent débiteurs l'un de l'autre. L'Auteur en traitera Liv. V. Chap. XI. §. 5.

(8) *Quid ſi me Tonſor, quum ſtricta novacula ſupra eſt,*
*Tunc libertatem divitiaſque roget?*
*Promittam: nec enim rogat illo tempore Tonſor,*
*Latro rogat: res eſt imperioſa timor.*
*Sed fuerit curvâ cùm tuta novacula thecâ,*
*Frangam Tonſori crura manuſque ſimul.*
MARTIAL. *Epigramm.* Lib. XI. *Ep.* LIX.

tant plus que par cela même que celui qui a extorqué nôtre parole nous ſomme de l'acquitter, ou qu'il en accepte l'accompliſſement, il fait bien voir qu'il n'eſt nullement diſpoſé à conſentir de ne pas profiter du fruit de ſa violence. D'ailleurs, le ſujet, pour lequel on s'eſt engagé dans cette occaſion, n'eſt pas de nature à pouvoir faire acquérir aucun droit; puiſqu'on n'a promis, qu'afin que celui qui nous y forçoit, s'abſtînt envers nous d'une injuſtice défenduë par les Loix. Il ſeroit auſſi abſurde de regarder un tel engagement comme valide, que de prétendre ſe faire un mérite auprès de quelqu'un, de ce que l'on n'a pas commis contre lui un crime énorme (9). *Un Eſclave me dit Je ne vous ai point volé, je ne me ſuis point enfuï. Hé bien, tu n'auras point les étrivieres, te voilà recompenſé. Je n'ai tué perſonne. Tu ne ſeras point pendu. Je ſuis homme d'honneur. Pour cela, c'eſt une autre affaire;* Horace *n'en convient pas.*

Si dans le cas dont il s'agit quelqu'un ſe rend caution auprès de l'Auteur de la violence, l'engagement d'un tel (10) Répondant n'eſt pas plus valide, quoiqu'il n'y ait pas été forcé lui-même. Car le Cautionnement n'étant autre choſe qu'une ſureté ſubſidiaire ajoûtée à une Obligation d'autrui, il ſeroit abſurde, du moins à en juger par les ſeules maximes du Droit Naturel, d'attribuer à l'acceſſoire plus de validité qu'au principal; & de prétendre que celui qui s'eſt engagé à payer, au défaut d'un autre, fût plus étroitement obligé que le Debiteur en chef. Autre choſe eſt, à mon avis, lorſque, pour délivrer une perſonne des mains des Voleurs, on traite avec eux en ſon propre nom, & indépendamment d'aucune Obligation de la perſonne même en faveur de qui l'on s'engage; comme, par exemple, ſi par un pur motif de compaſſion on promet quelque choſe aux Voleurs, à condition qu'ils relâchent leur proye (11); car alors l'engagement n'eſt pas l'effet direct & immédiat d'une crainte injuſte, & l'on ne peut point ſe prévaloir de l'exception que la perſonne délivrée auroit droit d'oppoſer aux demandes des Voleurs: puiſque celle-ci ne s'étant engagée à rien, on n'a pas fondé ſur quelque Obligation de ſa part l'engagement où l'on eſt entré en ſa faveur. D'ailleurs, la conſervation de la vie d'un Innocent, & la gloire d'avoir fait un acte ſingulier de Generoſité, méritent bien que l'on tienne ce qu'on a promis pour de ſi nobles motifs. Que ſi celui qui étoit tombé

„ Si un Eſclave Barbier, dans le tems qu'il me tient „ le raſoir à la gorge, me demande la Liberté, ou „ la Bourſe, je lui promettrai tout ce qu'il voudra. „ Car ce n'eſt pas alors mon Barbier, mais un Brigand, qui me fait promettre, & la Crainte à un „ grand aſcendant ſur les Eſprits. Mais auſſi-tôt que „ je verrai le raſoir dans ſon étui, & que je n'aurai „ plus rien à craindre de ce côté-là, je caſſerai bras „ & jambes au Barbier ‹‹. L'Auteur citoit ici ce paſſage.

(9) *Nec furtum feci, nec fugi, ſi mihi dicat*
*Servus; habes pretium, loris non ureris, aio.*
*Non hominem occidi: non paſces in cruce corvos.*
*Sum bonus, & frugi. Renuit, negat atque Sabellus.*
HORAT. *Lib.* I. *Epiſt.* XVI. verſ. 46. & ſeqq. J'ai ſuivi la verſion du P. TARTERON. Nôtre Auteur citoit encore ici un paſſage de CICERON, que l'on a déjà vû, Livre I. Chap. IX. §. 4. *Note* 3. HORAT. *de Art. Poët.* verſ. 267, 268. (où il s'agit pourtant d'autre choſe) DIGEST. Lib. II. Tit. XIV, *De Pactis*, Leg. VII. §. 3. *Non eſt beneficium, ſcelus non facere*, dit encore SENEQUE le Pere, Lib. II. Controv. page 154. *Edit. Gronov.* Voyez ci-deſſus, Chap. I. §. 6. *Note* 12.

(10) c'eſt la déciſion des Juriſconſultes Romains. Ils diſent encore que ſi le Répondant a cautionné par crainte, & que celui pour qui il a répondu ſe ſoit lui-même engagé volontairement, l'engagement du dernier ſubſiſte, mais celui de l'autre eſt nul. LABEO *ait: Si quis per metum reus ſit conſtitutus, & fidejuſſorem volentem dederit: & ipſe, & fidejuſſor liberabitur. Si ſolus fidejuſſor metu acceſſit, non etiam reus: ſolus fidejuſſor liberabitur.* DIGEST. Lib. IV. Tit. II. *Quod metus cauſa*, Leg. XIV. §. 6. Voyez cideſſous, Liv. V. Chap. X. §. 9.

(11) Mr. HERTIUS ſoûtient qu'en ce cas là même l'engagement n'eſt pas valide, à moins qu'il n'y ait une donation manifeſte de ce que l'on a livré ou promis pour un tel ſujet. Car, dit-il, quoique l'on ſe ſoit engagé en ſon propre nom, ce n'eſt que pour ſauver une perſonne injuſtement opprimée. L'Auteur lui-même dans le Chap. ſuivant, §. 9. regarde comme nulles toutes les Promeſſes & les Conventions faites en vûë d'une choſe à quoi celui, en faveur de qui l'on s'engage, étoit obligé à la rigueur. Pour moi, je trouve cette critique bien fondée. Mr. VITRIARIUS eſt de même ſentiment dans ſes *Inſtit. Jur. Nat. & Gent.* L. II. Cap. XI. §. 16.

entre les mains des Voleurs, leur a donné des ôtages, ou a laiſſé en leur puiſſance quelqu'un de ſes compagnons; il eſt tenu alors d'effectuer la Promeſſe, non en vertu de l'accord fait avec les Voleurs, mais en vertu de la convention qu'il y a entre lui & les ôtages. C'eſt ainſi qu'à *Maroc*, & en quelques autres endroits de l'*Afrique*, les Eſclaves Chrétiens s'obligent tous en general & chacun en particulier les uns pour les autres, de ne point s'enfuïr, & ſur leur parole on les laiſſe aller par la Ville ſans être enchaînez: mais ſi quelqu'un d'entr'eux s'évade, les autres ſont tenus de payer ce qu'il auroit donné pour ſa rançon.

De là il paroît en quel ſens on doit admettre la maxime de Ciceron: *Que l'on* (12) *peut, ſans faire tort à perſonne, ne pas payer à des Corſaires ce qu'on leur a promis pour racheter ſa vie, quand même on s'y ſeroit engagé avec ſerment*; c'eſt-à-dire, que l'on n'eſt point obligé de tenir les Promeſſes que ces ſortes de gens nous ont extorquées par la crainte de quelque mauvais traitement. A l'égard du Serment, nous examinerons ailleurs s'il rend valides de telles Promeſſes. Mais pour ce que le même Auteur ajoûte; ſçavoir, qu'*un Corſaire n'étant pas du nombre de ceux avec qui l'on a guerre dans les formes, & devant paſſer plûtôt pour l'Ennemi commun de tous les Hommes; il n'y a ni foi ni ſerment qui ſoit valable par rapport à un tel homme*; cette raiſon ne paroît pas ſolide à bien des gens, ſurtout ſi on l'étend aux Promeſſes & aux Conventions par leſquelles on s'engage envers eux ſans y être porté par aucune violence; car quoique, ſelon la pratique ordinaire de la plûpart des Peuples, on traite tout autrement un (13) Ennemi de bonne guerre, qu'un Brigand ou un Corſaire; ceux-ci ne ſont pas déchûs abſolument de tous les droits de l'Humanité, par cela ſeul qu'ils exercent un tel mêtier, du moins tant qu'ils agiſſent encore, par rapport à certaines perſonnes, avec quelque reſte de pudeur & de bonne foi. Ainſi lorſqu'on promet quelque choſe à un Brigand, ſans qu'il nous y contraigne, ou qu'il y ait rien à craindre de ſa part, il traite avec nous en ce cas-là non comme Brigand, mais comme feroit tout autre homme. Que ſi un Brigand paſſe pour l'Ennemi commun de tous les Hommes, c'eſt parcequ'il ne fait pas la Guerre, comme les autres Ennemis, à certaines perſonnes, & qu'il exerce des actes d'hoſtilité indifféremment contre tous ceux qui tombent entre ſes mains. D'où vient que, pour le repouſſer, il n'eſt pas beſoin de lever des troupes réglées, & de lui déclarer la guerre dans les formes; mais la Nature permet à chacun d'agir offenſivement & défenſivement contre des gens qui n'épargnent perſonne, & qui en veulent à tout le monde. Cependant, puiſque de l'aveu même de *Ciceron*, l'état de Guerre où l'on eſt avec quelqu'un n'empêche pas qu'on ne doive lui garder la foi, on peut dire auſſi que le caractere d'Ennemi commun de tous les Hommes ne diſpenſe point par lui-même de tenir ce qu'on a promis à un Brigand; d'autant plus que dans le tems qu'il traitoit avec nous, il n'exerçoit aucun acte d'hoſtilité. Grotius ſe fait ici une objection: (b) *Selon le Droit Naturel*, dit-il, *chacun a droit de punir les inſignes Scélérats qui ne ſont partie d'aucune Societé Civile. Or ſi l'on peut, pour punir quelqu'un, le priver de*

(b) Liv. III. Chap. XIX. §. 3.

(12) *Ut ſi prædonibus pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus eſt, ne ſi juratus quidem id non feceris; nam pirata non eſt perduellium numero definitus, ſed communis hoſtis omnium: cum hoc nec fides debet, nec jusjurandum eſſe commune.* Cicer. *de Offic.* Lib. III. Cap. XXIX. Voyez ce que l'on dira Liv. IV. Chap. II. §. 8.

(13) Οὐ γὰρ ἐπὶ ῥητοῖς ποτὲ λῃστρικὸς ἔληξε πόλεμος, οὐδὲ ἐν σπονδαῖς ἔσχε τὴν τελευτήν. » Jamais guerre de Brigands n'a été terminée par des » Traitez «. Heliodor. *Æthiop.* Lib. I. page 54. *Edit. Bourdelot.* L'Auteur citoit ce paſſage. Mais Voyez Grotius, Liv. III. Chap. XIX. §. 2. num. 2.

*la vie, on peut, à plus forte raiſon, le dépouiller de ſes biens & de ſes droits : Donc on peut lui ôter, en punition de ſes Crimes, le droit qu'il avoit acquis par une Promeſſe.* Ce raiſonnement eſt fondé ſur une hypothéſe que (14) nous examinerons ailleurs, & GROTIUS le réfute d'une maniere accommodée à cette hypothéſe : mais nous pouvons nous ſervir de ſa réponſe en la ramenant à nos principes ; car lorſqu'on traite de ſon pur mouvement avec un Brigand, reconnu tel, on eſt cenſé par cela même renoncer au droit que le caractére d'un tel Contractant pourroit nous donner de ne pas lui tenir parole : autrement il n'y auroit eu aucun engagement entre lui & nous. Si un Brigand, par exemple, nous a fidélement remis dans le bon chemin, je ne doute pas qu'on ne doive lui payer ce qu'on lui avoit promis pour cela. Et les Juriſconſultes Romains veulent qu'on rende à un Voleur le dépôt qu'il nous a confié, (15) tant que l'on ne connoît pas le Proprietaire de la choſe dépoſée. En quoi ils ſuppoſent avec raiſon que l'on ait ignoré de bonne foi le titre injuſte à l'acquiſition : car ſi le Dépoſitaire ſcavoit, non ſeulement que celui qui lui a remis une choſe entre les mains étoit un Voleur, mais encore que la choſe avoit été volée, je ne vois pas comment il auroit pû s'en charger innocemment.

Réponſe à quelques difficultez.

§. XII. IL y a néanmoins bien des gens qui prétendent que les Promeſſes & les Conventions extorquées par la crainte, ſont veritablement obligatoires (1). Quelques-uns ſe fondent ſur l'autorité du Droit Romain, lequel accordant aux perſonnes qui ſe trouvent lezées par de tels actes, le benefice de la reſtitution en entier (2), ſuppoſe, par cela même, qu'à la rigueur ils ſont valides, quoique ce droit rigoureux doive être adouci par l'équité du Préteur. Mais il eſt facile de découvrir la raiſon pourquoi les Loix Romaines en ont ainſi diſpoſé. C'eſt que, comme on ne préſume pas qu'une perſonne qui vit dans une Société Civile, ait été forcée, & que d'ailleurs cette *exception* peut être fort ſujette à conteſtation ; il falloit que les Contracts forcez ſubſiſtaſſent juſques à ce que le Juge eût connu exactement de la violence. Il ne s'enſuit pourtant pas de là, que ces ſortes de Contracts, non-plus que les autres actes qui peuvent être annullez par une exception peremtoire, ayent par eux-mêmes force d'obliger : car tous ces

(14) Voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. III. §. 4.

(15) *Quod ſi ego [ cui ſpolia abſtulit latro ] ad petenda ea non veniam, nihilominus ei reſtituenda ſunt, qui depoſuit, quamvis malè quaſita depoſuit.* Digeſt. *Lib.* XVI. *Tit.* III. *Depoſiti vel contra*, Leg. XXXI. §. 1. Voyez ci-deſſous, Liv. IV. Chap. XIII. §. 5. & le Commentaire de Mr. NOODT ſur ce Titre, page 366.

§. XII. (1) C'eſt le ſentiment de MONTAGNE. *Ce que la crainte*, dit-il, *m'a faict une fois vouloir, je ſuis tenu de le vouloir encore ſans crainte, & quand elle n'aura forcé que ma langue, ſans la volonté : encore ſuis-je tenu de faire la maille bonne de ma parole. Pour moi, quand par fois elle a inconſiderement devancé ma penſée, j'ai fait conſcience de la deſadvouër pourtant. Autrement de degré en degré, nous viendrons à abolir tout le droit qu'un tiers prend de nos promeſſes.* Quaſi verò forti viro vis poſſit adhiberi. ( CICER. *de Offic.* Lib. III. Cap. 30. ſur quoi voyez la Note de GRÆVIUS ) *En cecy ſeulement a loy, l'intereſt privé, de nous excuſer de faillir à noſtre promeſſe, ſi nous avons promis choſe meſchante & inique de ſoy ; car le droit de la vertu doit prévaloir le droit de noſtre obligation.* Liv. III. Chap. I. page 397. Tome III. *Edit. de la Haye* 1727.

(2) Cela n'avoit lieu que dans les *Contracts de droit rigoureux :* car ceux *de bonne foi* étoient nuls en eux-mêmes & par le Droit Civil. Il eſt vrai que ſelon le Stile des Juriſconſultes Romains, les mots d'*annuller*, *caſſer*, *reſcinder reſtituer en entier*, ſe diſent indifféremment de l'une & de l'autre ſorte de Contracts ; parceque, quand on étoit appellé en Juſtice par le Contractant qui vouloit s'en prévaloir, il falloit que le Juge les déclarât nuls d'une maniere ou d'autre, ou comme n'ayant d'eux-mêmes aucune force ſelon la teneur même du Droit Civil, ou comme étant invalidez par l'exception péremptoire du Défendeur. Voyez ci-deſſus, §. 8. *Note* 5. & le Traité de Mr. NOODT, *de forma emendandi doli mali*, &c. Cap. XV. XVI. D'où il paroît que la raiſon de nôtre Auteur pour excuſer le circuit des procedures du Barreau Romain, n'eſt nullement ſolide ; puiſque quoiqu'il fallût toûjours prouver en Juſtice la violence, cela ne ſuffiſoit pas dans toutes ſortes de Contracts. Les Juges ordinaires, donnez par le Préteur, ne pouvoient pas déclarer nuls ceux de *droit rigoureux*, auſquels on avoit été forcé : il falloit que le Préteur même intervînt extraordinairement, pour accorder à la Partie lezée le bénéfice de la Reſtitution en entier, qui ſuppoſoit le Contract valide en ſoi par le Droit Civil.

(3) L'Auteur

ces circuits d'*exceptions*, dont le Droit Romain ſe ſert ici, ſont fondez ſur la pratique du Barreau, plûtôt que ſur la ſimplicité du Droit Naturel, du moins quand il s'agit de Contractans qui ne reconnoiſſent point de Juge commun.

Grotius (a) croit auſſi que, ſelon le Droit Naturel, *une Promeſſe extorquée par la crainte ne laiſſe pas d'obliger*, & ſa raiſon eſt, qu'*en ce cas-là on ne donne pas un conſentement conditionnel, mais un conſentement abſolu*, eu égard à l'état des choſes (3); quoique ſans le mal dont on eſt menacé on ne ſe fût pas déterminé à conſentir. Mais toute Obligation valable, qui réſulte d'une Convention, à la charge de l'un des Contractans, ſuppoſant dans l'autre un droit légitime qui y réponde, il ne ſuffit pas que tout ce qui eſt néceſſaire pour s'impoſer à ſoi-même une Obligation ſe trouve de nôtre côté; il faut encore que celui envers qui l'on s'engage, n'ait aucun défaut qui le rende incapable d'acquerir quelque droit par rapport à nous. Ainſi de cela ſeul que l'on peut ſe défaire d'une choſe en faveur de quelqu'un, il ne s'enſuit pas que celui-ci puiſſe l'accepter légitimement. Par conſéquent, nôtre conſentement ſeul ne nous met dans aucune Obligation, lorſque celui à qui on le donne ne ſauroit l'accepter ſans pécher contre le Droit Naturel. Or c'eſt ce qui arrive dans le cas dont il s'agit; car la même Loi, qui défend d'employer la crainte & la violence pour arracher un conſentement, défend auſſi ſans contredit de tirer aucun avantage de ces Promeſſes forcées. Grotius ajoûte, à la vérité, que *quand la Promeſſe eſt l'effet d'une crainte injuſte quoique légére, celui à qui l'on a ainſi promis doit nous tenir quitte ſi nous témoignons le vouloir : non que la Promeſſe fût nulle, mais à cauſe de l'obligation indiſpenſable où chacun eſt de reparer le dommage qu'il a cauſé injuſtement.* Mais à quoi bon ce détour : *Vous devez me tenir quitte de mon engagement, ſi je le juge à propos ?* Certainement quiconque peut, quand il lui plaira, ſe faire décharger d'une Obligation, en eſt déja actuellement quitte. Pourquoi ne pas dire ſans tant de façons : *Je ne vous dois rien, parceque vous m'avez forcé à vous promettre ?* Et à quoi ſerviroit-il de demander une choſe que l'on ſeroit obligé de rendre (4) dans le moment ?

(a) Liv. II. Chap. XI. §. 7. num. 2.

Examen des Objections d'*Hobbes*.

§. XIII. Hobbes (a) prend un autre tour pour établir l'opinion que nous réfutons ici. *La crainte*, dit-il, *par laquelle on a extorqué une Promeſſe, ne la rend pas nulle : autrement il s'enſuivroit que les Conventions, qui interviennent dans l'établiſſement des Societez Civiles & des Loix, ſont invalides (car c'eſt la crainte où chacun eſt d'être tué qui fait que l'on ſe ſoumet au Gouvernement d'autrui) : & lorſqu'un Priſonnier promet de payer ſa rançon, on ne feroit pas ſagement de le relâcher ſur ſa parole.* Mais dans la premiere de ces raiſons Hobbes ſe joue ſur l'équivoque du terme de *crainte*; car la crainte qui porte les Hommes à former des Societez Civiles, n'eſt pas la même que celle dont il s'agit ici. (1) La premiere eſt une ſimple précaution que l'on prend pour ſe mettre à couvert d'un mal vague & indéterminé, s'il faut ainſi dire. Mais l'autre eſt cette épouvante où jette la vûë d'un grand mal dont on eſt menacé de près, & que l'on ne ſe ſent pas en état de repouſſer par ſes propres forces. Ainſi il y a une grande différence entre les Conventions par leſquelles pluſieurs per-

(a) *De Cive*, Cap. II. §. 16.

(3) L'Auteur citoit ici ce mot trivial d'Heliodore : Ἀνθρώποις ψυχὴ πάντων προτιμότερον. „Ce que les Hommes ont de plus cher, c'eſt la vie. *Æthiopic.* Lib. V. page 246. *Edit. Bourd.*

(4) On peut appliquer ici la maxime des Juriſconſultes Romains ſur un autre ſujet : *Non videtur quiſquam id capere ; quod ei neceſſe eſt alii reſtituere* Digest. *de diverſ. Regul. Juris*, Leg. LI. Sur quoi voyez le Commentaire de Jaques Godefroi.

§. XIII. (1) Voyez Liv. VII. Chap. I. §. 7.

ſonnes ſe promettent un ſecours mutuel contre les inſultes de leurs Ennemis communs qui pourroient les opprimer chacune à part, & les Promeſſes que l'on fait pour ſe garantir d'un danger préſent dont on eſt injuſtement menacé de la part d'une certaine perſonne. A l'égard de l'autre raiſon d'*Hobbes*, j'avoue qu'un Brigand eſt bien (2) ſot de ſe fier à la parole de celui à qui il a extorqué une Promeſſe, comme s'il pouvoit compter ſur un engagement de cette nature. Mais je ſoûtiens auſſi, que l'autre n'agiroit nullement ſelon la Raiſon, ſi après être parvenu en lieu de ſureté, il portoit au Brigand de gayeté de cœur le prix de ſon injuſtice (3). Hobbes ajoûte, que *toute Convention généralement eſt obligatoire, lorſqu'on reçoit quelque bien de celui envers qui l'on s'engage, & que ce qu'il exige de nous eſt une choſe à quoi il eſt permis de s'engager. Or*, dit-il, *il eſt permis de promettre pour ſauver ſa vie, & de donner du ſien tout ce que l'on veut, & à qui l'on veut, fût-ce à un Brigand.* Mais que des Voleurs de grand chemin n'ôtent pas la vie à un Paſſant, peut-on appeller cela un *bien*, ou une faveur ? N'eſt-il pas ridicule de prétendre qu'une perſonne nous ſçache gré de ce que l'on ne commet pas envers elle une injuſtice ? Certainement on ne fait du bien à quelqu'un que quand on lui communique un Bien qui lui manquoit, ou qu'on lui conſerve la poſſeſſion de ceux dont il jouïſſoit, ou qu'on éloigne de lui un Mal dont il étoit menacé ſans qu'il y eût de nôtre faute (4). D'ailleurs, de ce qu'il eſt permis de promettre & de donner à un Brigand, il ne s'enſuit pas que le Brigand ait droit d'exiger l'effet de nôtre parole, ou que l'on ſoit obligé en conſcience à la tenir. Il y a bien des choſes permiſes, que rien ne nous engage à faire. Je puis, par exemple, jetter mon bien, ſi je veux ; mais un autre n'a pas pour cela droit de m'y obliger toutes fois & quantes que bon lui ſemble. Ainſi c'eſt encore une fauſſe maxime que celle-ci, qu'*Hobbes* ſoûtient (b) ailleurs : *On peut s'engager par un motif de crainte à toutes les choſes qu'il eſt permis de faire ſans y être obligé : Or tout ce à quoi il eſt permis de s'engager, il eſt illicite de ne pas le tenir.* Il falloit ajoûter : *Pourvû que celui à qui l'on promet puiſſe légitimement exiger l'effet de nôtre Promeſſe ;* ce qui n'a pas lieu dans le cas dont il s'agit.

(b) *Leviath.* Cap. XIV.

De quelle maniere les Promeſſes & les Conventions nulles dans leur origine, ſont enſuite valides ?

§. XIV. Mais, quoique les Promeſſes & les Conventions faites par erreur ou par crainte ſoient nulles de leur nature, comme je viens de le prouver, elles ne laiſſent pas de devenir enſuite valides, ſi lorſque l'on a reconnu ſon erreur ou qu'on n'a plus rien à craindre, on veut bien tenir ſa parole. Car (1) ce qui étoit nul dans ſon origine, peut être valide par un effet rétroactif, s'il ſurvient quelque nouvelle cauſe,

(2) Dar, ajoûtoir nôtre Auteur, rien n'empêche qu'on ne ſoit en même tems ſcélerat & imprudent. Ἀσυλλόγιστόν ἐστιν ἡ πονηρία. „La Malice eſt aveu-„gle, & étourdie". *Menander* apud Stob. Serm. II. page 30.

(3) Nôtre Auteur citoit ici ce que diſent les Deputez du Senat Romain à *Marcius Coriolanus*, dans Denys *d'Halicarnaſſe :* „Ce que la Néceſſité fait faire, „ſoit aux Particuliers, ou aux Etats, n'a de force „qu'auſſi long-tems qu'elle dure. Ὡς τῶν γε ὑπ' ἀνάγκης τινὸς ἢ καιροῦ συγχωρουμένων καὶ πόλεσιν, ἅμα τῷ μεταπεσεῖν τοὺς καιροὺς ἢ τὰς ἀνάγκας, εὐθὺς διαλυομένων. Antiq. Rom. Lib. VIII. Cap. XXXVIII. page 509. *Edit. Sylburg.* (490. *Edit. Oxon.*)

(4) *Polycrate*, comme le remarquoit ici nôtre Auteur alléguoit auſſi une raiſon bien ridicule, lorſque pour s'excuſer de ce qu'il pilloit indifferemment Amis & Ennemis, il diſoit : *Qu'il faiſoit plus de plaiſir à ſes Amis, en leur rendant ce qu'ils avoient perdu, que s'il ne leur eût rien pris.* Τῷ γὰρ φίλῳ ἔφη χαριεῖσθαι μᾶλλον ἀποδιδοὺς τὰ ἔλαβε, ἢ ἀρχὴν μηδὲ λαβών. Herodot. *in Thal.* Lib. III. Cap. 39.

§. XIV. (1) Nôtre Auteur fait alluſion à une régle contraire du Droit Romain : *Quod initio vitioſum eſt non poteſt tractu temporis convaleſcere.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſis Reg. Jur.* Leg. XXIX. Mais il paroit par pluſieurs exemples, que l'on ne ſuivoit pas toûjours ce principe. Voyez Jaques Godefroi ſur la Régle même que je viens de citer ; comme auſſi Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Part II. Liv. I. Tit. I. Sect. II. §. 31. page 344. *Edit. de Luxemb.* 1702. & la Loi, qui va être citée dans la Note ſuivante.

(a) capable de produire par elle-même un vrai droit. Or cette cauſe, c'eſt ici le conſentement donné depuis avec une connoiſſance bien diſtincte & une entiere liberté (2). Sur quoi quelques-uns prétendent, que pour rendre ainſi obligatoire une Promeſſe ou une Convention de cette nature, l'acte intérieur de l'Ame ſuffit, ſans aucun ſigne extérieur, par lequel on le donne à connoître. Car, diſent-ils, y ayant déja eu un ſigne extérieur de conſentement, du moment qu'il ſe trouve accompagné d'un acquieſcement intérieur, libre & éclairé, il ne manque plus rien de ce qui eſt néceſſaire pour produire une véritable Obligation. D'autres ne goûtent pas cette penſée, par la raiſon que l'acte intérieur de la Volonté, & l'acte extérieur qui le manifeſte, doivent être joints dans le même tems; deſorte qu'un acte exterieur précédent ne ſauroit être le ſigne d'un acte intérieur ſubſéquent, auquel on n'avoit peut-être pas penſé avant cela. Ils ſoûtiennent donc, que pour donner de la force à un pareil engagement, il faut une nouvelle Promeſſe notifiée par des paroles, & une nouvelle acceptation. Mais Grotius (b), au ſentiment de qui nous ſouſcrivons volontiers, prend ici un juſte milieu: car il dit, qu'à la verité il doit y avoir quelque ſigne extérieur; autrement celui, envers qui l'on veut s'engager, ne pourroit pas être aſſuré de ſon droit: mais qu'il n'eſt pas abſolument néceſſaire que la ratification ſe faſſe par des paroles, y ayant d'autres ſignes qui peuvent ſuffire pour la donner à connoître. Par exemple, ſi celui, qui avoit fait la Promeſſe, l'exécute de ſon pur mouvement, lorſque la crainte a ceſſé, ou qu'il s'eſt apperçu de ſon erreur; ſi, après avoir livré la choſe promiſe, il ne la redemande point, quoiqu'il pût le faire commodément; s'il traite avec l'autre au ſujet de cette choſe, comme ſi celui-ci la poſſédoit de plein droit.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Ch. IV. §. 11.

(b) Liv. II. Chap. XI. §. 20. *num.* 4.

*De l'acceptation des Promeſſes. En quels cas on eſt obligé de tenir un Vœu.*

§. XV. Au reſte, pour qu'une Promeſſe valide en elle-même ſoit actuellement obligatoire, il faut un conſentement mutuel (1) de celui qui la fait, & de celui à qui elle eſt faite; enſorte que tant qu'il n'y a point d'*acceptation* de la part du dernier, la choſe promiſe demeure en la diſpoſition du premier; & la raiſon en eſt claire. Car quand on offre ſon bien à quelqu'un, on ne veut ni le (2) lui faire prendre par force, ni l'abandonner dès ce moment-là. Si donc il n'accepte pas nos offres, on ne perd rien du droit que l'on avoit ſur ce qu'il refuſe. Et quand même on auroit promis avec ſerment, on n'en ſeroit pas pour cela moins maître de ſon bien: car le Serment ne transfére aucun droit ſur une choſe offerte, avant qu'elle ait été acceptée; toute la vertu qu'il a, c'eſt d'empêcher qu'on ne puiſſe légitimement ſe dédire de ſes offres, juſqu'à ce que l'on ſçache qu'elles ont été rejettées. Il faut donc de toute né-

(2) Cela eſt decidé dans le Code, au ſujet d'une Vente forcée que l'on a ratifiée depuis: *Si per vim, vel metum mortis, aut cruciatus corporis, venditio à vobis extorta eſt, & non* POSTEA EAM CONSENSU CORROBORASTIS, &c. Lib. II. Tit. XX. *De his quæ vi*, &c. Leg. IV.

§. XV. (1) J'ai été obligé de faire, dans cet *à linea*, auſſi-bien que vers la fin du Chapitre, pluſieurs transpoſitions, pour l'ordre & la netteté des raiſonnemens.

(2) C'eſt la maxime des Juriſconſultes Romains. *Non poteſt liberalitas nolenti adquiri.* Dig. Lib. XXXIX. Tit. V. *De Donat.* Leg. XIX. §. 2. *Invito beneficium non datur*, Lib. L. Tit. XVII. *De div. Reg. Jur.* Mais pour ce qui eſt de l'abandonnement de la choſe, il y en avoit qui ſoûtenoient, & cela d'une maniere à traiter de *ridicule* l'opinion contraire à la leur, qu'il ſuffiſoit qu'on eût voulu ſe défaire de ſon bien, & qu'on l'eût livré, encore même qu'il n'y eût point de véritable acceptation, pour qu'on fût cenſé l'avoir abandonné. *Si furioſo, quem ſuæ mentis eſſe exiſtimas, eo quòd forte in conſpectu inumbratæ quietis fuit conſtitutus, rem tradideris: licet ille non erit adeptus poſſeſſionem, tu poſſidere deſinis. Sufficit quippe dimittere poſſeſſionem, etiamſi non transferas. Illud enim ridiculum eſt, dicere, quòd non aliter quis vult dimittere, quàm ſi transferat: immo vult dimittere, quia exiſtimat ſe transferre.* Digest. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſ.* Leg. XVIII. §. 1. Voilà néanmoins l'opinion qui prévalut, & que Justinien a confirmée. Si l'on veut ſçavoir les ſubtilitez qui en ſont le fondement, on peut lire Cujas ſur cette Loi, Tome VIII. Opp. *page* 302.

ceſſité, que celui à qui l'on promet accepte l'effet de nôtre parole, & qu'il le donne à connoître par des indices ſuffiſans, tel qu'eſt quelquefois un ſimple ſigne de tête ou quelque autre geſte muet, lorſqu'il vient enſuite des offres du Promettant, ou d'une demande de celui pour qui on le fait. En ce dernier cas même, on préſume que la volonté de celui qui a demandé ſubſiſte toûjours, à moins qu'elle n'ait été expreſſément révoquée: ainſi, ſans autre ſigne, on eſt cenſé avoir accepté par avance la Promeſſe; bien entendu qu'elle réponde exactement à la demande. Car ſi, par exemple, on ne promet qu'une partie de la ſomme que quelqu'un nous a demandée, il peut arriver que ſans cette ſomme entiere il n'ait pas dequoi s'accommoder, & ainſi il faut alors une acceptation expreſſe de ſa part. Du reſte, comme celui en faveur de qui l'on s'engage n'acquiert de droit qu'autant que lui en donne nôtre conſentement, on n'eſt jamais tenu au-delà (3) de ce que l'on a offert ou accordé. Que ſi l'on acquieſce ſimplement à la demande, elle eſt cenſée tacitement repétée (4) dans la Promeſſe.

Il y a une Loi du Droit Romain, de laquelle quelques-uns concluent mal-à-propos, que l'acte ſeul de celui qui promet ſuffit pour rendre la Promeſſe obligatoire. (5) *La Convention*, dit ULPIEN, *eſt un accord & un conſentement mutuel de deux perſonnes: Mais la ſimple Promeſſe eſt l'engagement d'une ſeule perſonne, qui offre*

(3) C'eſt le ſentiment de PLUTARQUE, comme l'Auteur le remarquoit ici, *Κυριότερον εἶναι τὸν τοῦ προκεκλημένου λόγον. . . . οἱ δὲ δεξάμενοι καὶ ὑπακούσαντες οὐκέτι κύριοι προστιθέντες.* „On „doit avoir plus d'égard aux paroles de ceux qui font „des offres & des propoſitions, qu'aux paroles de „ceux qui les acceptent; & ceux-ci ne ſont pas en „droit d'y rien ajoûter“. *Sympoſiac.* Lib. IX. Quæſt. XIII. page 742. B. *Edit. Wech.* Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. dern. Au reſte, Mr. HERTIUS remarque ici, qu'il y a cette difference entre les engagemens avantageux à l'une des Parties ſeulement, & les Engagemens intéreſſez de part & d'autre; que dans les derniers la promeſſe doit répondre exactement à la demande, enſorte qu'on n'eſt engagé que juſqu'à la concurrence de ce qui eſt demandé & de ce qui eſt promis. Car ſi quelqu'un, diſent les Juriſconſultes Romains, dont on approuve ici l'opinion, ſtipule ainſi, *Voulez-vous me donner dix Ecus?* & que je réponde, *Vingt*; je ne ſuis engagé que pour dix. Au contraire, s'il me dit: *Voulez-vous me donner vingt Ecus?* & que je réponde *Dix*; je ne ſuis engagé non-plus que pour dix: car *dix* ſe trouve renfermé dans *vingt*; mais *vingt* n'eſt pas renfermé dans *dix*. Il n'en eſt pas de même en matiere de Contracts, par exemple, d'un Louage; car ſi le Bailleur a demandé dix Ecus, & que le Preneur croye avoir fait marché à cinq, le premier n'eſt pas obligé d'en paſſer par-là, quoique *cinq* ſoit renfermé dans *dix*. Au contraire, ſi le Bailleur à cru loüer pour cinq Ecus, & que le Preneur ait entendu dix, celui-ci ne doit pourtant donner que les cinq que l'autre a eu dans l'eſprit. *Si ſtipulanti mihi* decem, *tu* viginti *reſpondeas; non eſſe contractam obligationem, niſi in decem, conſtat. Ex contrario quoque ſi me* viginti *interrogante, tu* decem *reſpondeas; obligatio, niſi in decem, non erit contracta: licet enim oportet congruere ſummam, attamen manifeſtiſſimum eſt viginti & decem ineſſe.* DIGEST. Lib. XLV. Tit. I. *De verb. oblig.* Leg. I. §. 4. *Si decem tibi locem fundum, tu autem exiſtimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed & ſi ego minoris me locare ſenſero, tu pluris te conducere; utique non pluris erit conductio, quam [quanti] ego putavi.* Lib. XIX. Tit. II. *Locati conducti*, Leg. LII. Mais la diſtinction des Juriſconſultes Romains, au ſujet des *Stipulations*, n'eſt ni bien fondée en elle-même, par la raiſon que nôtre Auteur vient de donner, ni compatible avec la forme que ce Contract avoit ſelon leur Droit Civil, & avec la régle ancienne, que JUSTINIEN lui-même rapporte, ſans aucun correctif, INSTIT. Lib. III. Tit. XX. *De inutil. Stipulat.* §. 5. Auſſi HOTOMAN a-t-il remarqué depuis long-tems cette contradiction. Et JEAN DE LA COSTE, dans ſon Commentaire ſur le paragraphe des INSTITUTES, n'a point trouvé de meilleur expédient que de dire qu'on avoit adouci du tems d'ULPIEN & de PAUL (la Loi citée eſt du premier, & il y en a un autre ſemblable du dernier au même Titre, *Liv.* 83. §. 3.) quand on avoit, dis-je, adouci alors la rigueur de l'ancien Droit. Ce que Mr. SCULTING ſemble approuver dans ſes Notes ſur la *Juriſprud. Ante-Juſtinian.* page 159 On peut voir au même endroit la Note d'OISELIUS.

(4) Par exemple, ſi l'on dit à quelqu'un: *Voulez-vous me prêter mille Ecus, dont je vous payerai l'intérêt à cinq pour cent, & que je vous rendrai dans cinq mois?* & qu'il réponde ſimplement, *Oüi*, ou *Je le veux bien*: c'eſt comme s'il avoit répondu; *Oui, je veux vous prêter mille Ecus, dont vous me payerez l'intérêt à cinq pour cent, & que vous me rendrez dans cinq mois*; deſorte qu'il s'engage préciſément ſous ces conditions, & qu'on ne peut rien exiger de lui au-delà; comme, d'autre côté, il ne ſauroit légitimement faire moins en notre faveur. Le Droit Romain décide ainſi, en matiere de *Stipulation: Nam ſi hoc ſolum reſpondeas*, Promitto, *breviter videris in eamdem diem, vel conditionem ſpopondiſſe. Neque enim neceſſe eſt in reſpondendo eadem omnia repeti, quæ ſtipulator expreſſerit.* INSTIT. Lib. III. Tit. XX. §. 5.

(5) Pactum *eſt duorum conſenſus, atque conventio: pollicitatio verò offerentis ſolius promiſſum; & ideo illud eſt conſtitutum, ut ſi ob honorem pollicitatio fuerit facta* [municipibus], *quaſi debitum exigatur.* DIGEST. *Lib.* L. Tit. XII. De pollicitationibus, *Leg.* III. *princip.*

*quelque choſe à l'Etat. Si donc on a ainſi promis quelques choſe à l'Etat, en conſidération d'une Charge, l'Etat peut exiger cela, comme lui étant dû de plein droit.* GROTIUS dit, (a) que *le ſens de cette Loi n'eſt pas qu'une telle Promeſſe ait force entiere d'obliger avant l'acceptation ; mais qu'elle veut ſeulement que celui qui a promis ne puiſſe point ſe dédire, afin que l'Etat ſoit toûjours à tems d'accepter : Effet*, ajoûte-t-il, *qui ne vient pas du Droit de Nature, mais uniquement du Droit Civil.* Mais ſi l'on examine avec ſoin les paroles d'ULPIEN, on trouvera, à mon avis, que ce n'eſt point là ſa penſée. Il entend ici par *Convention*, un accord où il y a quelque promeſſe réciproque, & ſur ce pié-là il diſtingue des Conventions les ſimples Promeſſes par leſquelles on offre quelque choſe à l'Etat, ſans que l'Etat s'engage à rien de ſon côté. Il ne nie pourtant pas, que l'acceptation ne ſoit abſolument néceſſaire pour qu'une telle Promeſſe ait toute ſa force ; car ſi l'on a promis en conſidération de quelque Charge que l'on briguoit, ou dont on a été revêtu, il y a eu une acceptation anticipée de la part de l'Etat : mais ſi l'on a promis ſans cauſe (6), l'Etat eſt cenſé refuſer de pareilles offres. Que ſi la Loi défend de repeter une choſe ainſi promiſe ſans cauſe, après qu'elle a été livrée (7), c'eſt parceque la délivrance ne pouvant ſe faire ſans acceptation, la Proprieté de cette choſe a été par-là véritablement transferée à l'Etat.

(a) Liv. II. Chap. XI. §. 14. *num.* 2.

Concluons donc, que tout Engagement valable ſuppoſe dans la perſonne qui en eſt l'objet, ou à qui il donne quelque droit, (8) un conſentement notifié d'une maniere convenable, par lequel elle accepte l'effet de cette Obligation, ou par elle-même, ou par autrui. Et de là il paroît quel jugement on doit faire de la validité des *Vœux* (9), c'eſt-à-dire, des Obligations que l'on contracte volontairement par rapport à DIEU. Il eſt clair, que ces ſortes d'engagemens ne ſont point valides ſi DIEU lui-même n'a revelé qu'il veut bien les accepter, ou s'il n'y a du moins ici-bas quelqu'un qui ſoit établi de ſa part pour connoître de leur validité ; autrement on ne ſauroit être aſſuré, ſi DIEU agrée que l'on accompliſſe un Vœu, ou non ; c'eſt-à-dire, s'il veut que l'on ſoit obligé, ou non, à s'en acquiter. Cela eſt d'autant plus vrai, que ce qui fait la matiere des Vœux proprement ainſi nommez, doit être quelque choſe que DIEU ne preſcrive point d'ailleurs, du moins d'une maniere préciſe &

(6) *Si quidem ob honorem promiſerit decretum ſibi, vel decernendum, vel ob aliam juſtam cauſam, tenebitur ex pollicitatione : ſin verò ſine cauſa promiſerit, non erit obligatus.* Ibid. Leg. I. §. 1. L'explication que notre Auteur donne aux paroles d'ULPIEN ſur la diſtinction du *Pactum*, & de la *Pollicitatio*, n'eſt point du tout juſte. Ce Juriſconſuſte entend au contraire par *Pactum*, un accord où il n'y a qu'une des Parties qui promet, mais enſorte que l'autre conſent & accepte en même tems. Au lieu que dans la *Pollicitatio* tout ſe réduit à des offres de celui qui promet quelque choſe à l'Etat : & cela paroît en ce que cette *Pollicitatio* eſt diſtinguée d'une *Donation* faite à l'Etat, laquelle de ſa nature ſuppoſe neceſſairement l'acceptation. D'où naiſſoit auſſi une différence conſidérable ; ſçavoir, que l'Etat pouvoit exiger les intérêts de ce qui lui avoit été offert de la maniere dont il s'agit, ſi l'on tardoit à s'en acquitter ; au lieu qu'il n'en étoit pas de même à l'égard de ce qui lui avoit été donné purement & ſimplement : *ſi moram facere cœperit, uſuræ accedunt*, &c. Ibid. *princip. Liberalitatis in Rempublicam factæ uſuræ non exiguntur.* DIGEST. Lib. XXII. Tit. I. *De uſuris*, &c. Voyez Mr. NOODT, *De Fœn. & uſur.* Lib. III. Cap. VII.

(7) *Si quis, quam ex pollicitatione tradiderat rem municipibus, vindicare velit, repellendus eſt à petitione.* Ibid. Leg. III. §. 1. Il n'eſt point dit là, que l'on ait promis à l'Etat ſans cauſe, comme notre Auteur le ſuppoſe. Mais il paroît d'ailleurs, qu'en ce cas-là, ſi l'on avoit ſeulement commencé d'exécuter ce que l'on avoit promis, on ne pouvoit plus s'en dédire ; il falloit achever : *Item ſi ſine cauſſâ promiſerit, cœperit tamen facere, obligatus eſt, qui cœpit.* Leg. I. §. 2.

(8) Mr. THOMASIUS, dans ſes *Fundamenta Jur. N. & Gent.* Lib. II. Cap. VII. §. 5. tire de là une conſéquence pour faire voir la vanité (*palliatam ambitionem*) des Auteurs qui diſent dans leurs Préfaces, que c'eſt pour s'acquitter de leur parole envers le Public qu'ils publient tel ou tel Ouvrage. Mr. BAYLE avoit déja dit, dans l'*Avertiſſement* de ſa *Continuation des Penſées diverſes ſur la Comete*, que *la promeſſe des Auteurs n'eſt pas regardée comme un engagement par contract, & que le Public ſe met peu en peine de leur manquement de parole.*

(9) Voyez les Notes de Mr. LE CLERC ſur *Geneſ.* XXVIII. 21. & *Nombres*, XXX. 3.

déterminée. Car il implique contradiction de prétendre, qu'une choſe à laquelle on eſt indiſpenſablement obligé, nous ſoit tenue en compte comme une œuvre de ſurérogation, & il n'y a qu'une Revelation qui puiſſe nous aſſurer que DIEU agréera une action qu'il n'a point commandée. Or à quoi bon faire des Vœux, ſi l'on ne ſçait point que l'accompliſſement en ſera agréable à DIEU? Mais ne peut-on pas du moins préſumer qu'il les approuve? Je répons, qu'on ne ſauroit raiſonnablement avoir de pareille préſomption qu'en matiere de choſes qui ſont en general conformes à la Loi Naturelle, & par conſéquent à la Volonté Divine; mais dont le degré ou la quantité, & l'application particuliere aux perſonnes, aux tems & aux lieux, ſont laiſſées en la liberté de chacun. Ainſi l'on fait bien, à mon avis, de tenir un Vœu par lequel on s'eſt engagé à donner une certaine ſomme pour l'uſage des Pauvres, ou pour des cauſes pieuſes; bien entendu que ces libéralitez n'apportent aucun obſtacle à la pratique de quelque Devoir indiſpenſable. Il en eſt de même des Vœux par leſquels on s'impoſe la néceſſité de jeûner en certains jours; de s'abſtenir d'une certaine ſorte de Viande ou de Boiſſon, du moins au-delà d'une certaine quantité; de ne pas porter certains ornemens ſuperflus, comme de l'Or, des Perles, des Pierres précieuſes, & autres choſes ſemblables dont l'obſervation peut être rapportée à quelque Vertu, quoiqu'elles ne ſoient pas expreſſément déterminées par un commandement particulier. Mais je tiens pour impertinens ces Vœux qui ne font qu'incommoder celui qui les fait, ſans qu'il en revienne aucune utilité à perſonne; &, à plus forte raiſon, s'ils empêchent qu'on ne s'acquitte de quelque Devoir clairement preſcrit.

On demande encore, ſi celui qui promet commence à contracter quelque Obligation dès le moment que l'autre a accepté la Promeſſe, ou ſeulement après avoir eu connoiſſance de cette acceptation? (b) Il eſt certain qu'une Promeſſe peut être conçue de deux manieres, ou en s'exprimant ainſi: *Je veux que la Promeſſe ſoit valable, ſi elle eſt acceptée:* ou bien en diſant: *Je veux qu'elle ſoit valable, ſi j'apprens qu'on l'ait acceptée.* Or, dans un doute il faut ſe régler ſur la nature de la choſe dont il s'agit, pour conjecturer lequel de ces deux ſens l'auteur de la Promeſſe a eu dans l'eſprit au moment qu'il la faiſoit. Le premier eſt ordinairement préſumé dans les Promeſſes purement gratuites & ſans condition; parcequ'alors le Promettant ſemble ſe hâter de s'impoſer l'Obligation: (10) l'autre, dans les Promeſſes accompagnées de quelque *condition* (c) *arbitraire*, ou *mixte*.

(b) Voyez *Grotius*, Liv. II. Ch. XI. §. 15.

(c) Voyez ci-deſſous, *Chap.* VIII. de ce Liv. §. 4.

Des *ſignes* qui marquent le Conſentement.

§. XVI. Il ne reſte plus qu'à dire un mot des *ſignes dont on ſe ſert pour marquer le Conſentement*, (a) & qui ſont abſolument néceſſaires pour produire quelque Obligation; les actes de la Volonté ne pouvant avoir aucun effet parmi les Hommes, s'ils ne ſont manifeſtez par quelque indice extérieur. Les *geſtes* que l'on eſt obligé d'employer dans le commerce de la Vie, lorſqu'on n'entend pas la langue les uns des autres, ſont des ſignes fort imparfaits de conſentement. Les paroles (b) entendues de (1) part & d'autre, le donnent à connoître d'une maniere bien plus claire & plus in-

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Ch. IV. §. 3. & Chap. XI. §. 4. num. 2, 3. & §. 11.

(b) Voyez I. *Cor.* XIV, 11.

(10) Il faut décider d'une maniere toute oppoſée. Voyez ce que j'ai dit ſur l'endroit de GROTIUS cité en marge, *Note* 1. Mr. *Gundling*, dans ſon *Jus Nat. & Gentium*, de la 2. Edit. 1728. a fait mine de me refuter là-deſſus, *Cap.* XII. §. 10. Mais il n'a ni compris, ni détruit mes raiſons; ainſi rien ne m'oblige encore à changer de ſentiment.

§. XVI. (1) De là vient peut-être (ajoûtoit notre Auteur que les *Turcs* ne croyent pas être obligez de tenir les Contracts & les Traitez, s'ils ne ſont écrits dans leur Langue & en leurs caracteres. Voyez MARSELAER, *Legat.* Lib. I. Cap. XXX. pag. 185. Mais pourvû que les Contractans s'entendent les uns les autres, il n'importe en quelle Langue le Contract ſoit écrit. C'eſt la déciſion du Droit Romain: *Utrum autem Latina, an Græca, vel qualibet alia lingua, ſtipulatio concipiatur,*

telligible. Cependant, pour rendre ces derniers ſignes plus évidens & plus ſurs, on a établi non ſeulement que dans les affaires importantes on prendroit des (2) *Témoins*, à la mémoire & à la conſcience deſquels on en appelleroit, au cas que l'une des Parties niât ſes engagemens, ou qu'il y eût quelque difficulté au ſujet des termes; mais encore que l'on auroit ſurtout la précaution de (3) *mettre par écrit* les articles de la Convention. En effet, la mémoire des Hommes, même de pluſieurs à la fois, eſt labile, & leur fidelité (4) ſuſpecte; au lieu que les Ecrits ne ſont pas ſi ſuſceptibles d'oubli, ou de perfidie. D'ailleurs, on élude quelquefois de ſimples paroles par cette exception ſpécieuſe, qu'on les a lâchées avec précipitation, & ſans y avoir bien penſé, ou dans un mouvement de Paſſion. Mais on ne ſauroit faire la même choſe à l'égard des Ecrits, parcequ'en les dreſſant on a eu occaſion d'examiner diſtinctement & à loiſir l'affaire dont il eſt queſtion; enſorte que ſi l'on y ſouſcrit, on doit être cenſé avoir pleinement conſenti. On ne peut pas non-plus ſi aiſément chicaner ſur des Ecrits, que ſur de ſimples paroles dans leſquelles une particule captieuſement inſérée, & prononcée avec tant de rapidité qu'on ne s'en apperçoive point, eſt capable de changer tout le ſens du diſcours; inconvénient auquel les Ecrits ne ſont pas ſi ſujets. Ainſi on a raiſon d'ajoûter plus de foi à des pieces authentiques, & où il ne paroît aucune trace de corruption, qu'à la dépoſition même de Témoins; car le témoignace d'un homme contre lui-même eſt bien plus fort que celui de tout autre, & la plus mauvaiſe de toutes les cauſes, c'eſt lorſque l'Accuſé ne peut éviter de ſe condamner lui-même. Ce n'eſt pas que, ſi des Temoins irréprochables ſoûtiennent qu'un Acte eſt contrefait, ſuppoſé, corrompu, ou falſifié, on ne doive les écouter, & faire attention aux raiſons plauſibles qu'ils en alléguent.

Au reſte, la validité des Conventions ne dépend point en elle-même des Ecrits qui en font foi; car on (5) s'oblige auſſi indiſpenſablement ſans écrit que par écrit; &, ſelon le Droit Naturel, l'engagement ne laiſſe pas de ſubſiſter dans toute ſa force; quoi (6) que l'Acte du Contract vienne à ſe perdre. Cependant les Juges Civils, qui ne prononcent que ſur des indices manifeſtes, ont beaucoup d'égard à ces ſortes

*nihil intereſt, ſcilicet, ſi uterque ſtipulantium intellectum ejus linguæ habeat. Nec neceſſe eſt eadem lingua utrumque uti, ſed ſufficit congruenter ad interrogata reſpondere. Quin etiam duo Græci Latinâ linguâ obligationem contrahere poſſunt.* INSTIT. Lib. III. Tit. XVI. *De verbor. obligat.* §. 1. Mais cela ne fut établi qu'avec le tems: car, ſelon les anciennes régles il falloit abſolument que la *Stipulation*, & la promeſſe qui y répondoit, fuſſent en Latin; comme on l'infere & de la forme même de ce Contract, & de la Loi I. §. 6. du Titre *De Verborum Obligat.* dans le DIGESTE, Lib. XLV. Tit. I.

(2) *Teſtimoniorum uſus frequens ac neceſſarius eſt. . . . ad fidem rei geſtæ faciendam.* DIGESTE Lib. XXII. Tit. V. *De teſtibus.* Leg. I. princ. & Leg. XI. On traitera de l'uſage des *Témoins*, Liv. V. Chap. XIII. §. 9.

(3) *Fiunt enim de his ſcripturæ, ut, quod actum eſt, per eas faciliùs probari poſſit.* DIGEST. Lib. XXII. Tit. IV. *De fide inſtrumentorum*, &c. Leg. IV. Voyez DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. I. Tit. I. Sect. I. §. 10. & ſuiv. & L. III. Tit. VI. Sect. II. Au reſte, notre Auteur remarquoit ici, que les *Grecs* au lieu d'écrits, employoient quelquefois certaines marques que l'on s'entredonnoit σύμβολα. Voyez POLLUX, Lib. IX. Cap. VI. §. 70. *Edit. Amſt.* & là-deſſus la Note de Monſieur HEMSTERHUIS.

(4) *Parchemins inventez pour faire ſouvenir ou pour convaincre les hommes de leur parole: honte de l'humanité.* C'eſt un mot de Mr. DE LA BRUYERE, (*Caractere*, Chap. *de l'homme*, Tome II. pag. 25. *Edit. d'Amſt.* 1731.) Il l'a peut-être pris de SENEQUE (*De Benefic.* Lib. III. Cap. XV.) *Adhibentur ab utraque parte teſtes. Ille per tabulas plurium nomina, interpoſitis parariis, facit. . . . O turpem humano generi fraudis ac nequitiæ publicæ confeſſionem! annulis noſtris, plus quàm animis creditur. . . . in quid imprimunt ſigna? nempe ne ille neget accepiſſe ſe quod accepit.* Voyez JUVENAL. Satyr. XIII. verſ. 75, 76.

(5) *Si res geſta, ſine literarum quoque conſignatione, veritate factum ſuum præbeat, non ideo minus valebit, quod inſtrumentum nullum de ea interceſſit.* DIGEST. Lib. XXII. Tit. IV. *De fide inſtrumentorum, & amiſſione eorum*, Leg. V. Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. XIII. §. 8.

(6) *Nec oberit tibi amiſſio inſtrumentorum, ſi modo manifeſtis probationibus eos debitores eſſe apparuerit.* COD. Lib. IV. Tit. XXI. *De fide inſtrum.* Leg. I. Voyez auſſi Leg. IV. V. VII. VIII. X. & Liv. IV. Tit. XIX. *De probationibus*, Leg. XX. XXI. Citations de l'Auteur.

d'Actes & Papiers; juſques-là que ſi un Demandeur ne peut pas les produire, il eſt ordinairement débouté de ſes prétenſions, à moins qu'il ne faſſe voir par de bonnes preuves, qu'ils ſe ſont perdus par quelque accident. De là vient encore, que ſi un Créancier, le ſçachant & le voulant, (7) rend à ſon Débiteur le Billet d'obligation, ou qu'il le déchire au vû & au ſçu de celui-ci, il eſt cenſé lui avoir remis la dette. Il ne faut pourtant pas s'imaginer, que ſi le Billet tombe entre les mains du Débiteur de quelque maniere que ce ſoit; par exemple, ſi on vole le Billet, ou qu'on l'arrache par quelque autre voye illicite, le Débiteur ſoit pour cela quitte envers le Créancier. Mais ce qu'il y a de certain, c'eſt qu'il eſt d'un homme ſoigneux & aviſé, de ſe munir, autant qu'il peut, de bonnes Obligations par écrit, & de ne ſe fier que rarement à de ſimples paroles (8). Car je n'approuve point ce que dit (9) SENEQUE, lorſqu'il appelle les Billets & les Contracts les plus authentiques, *de vains titres de poſſeſſion*.

---

# CHAPITRE VII.

## *De la* MATIERE *des* PROMESSES *&* *des* CONVENTIONS.

On n'eſt tenu qu'à ce qui eſt poſſible.

§. I. VOYONS maintenant quelle eſt la MATIERE des *Promeſſes* & des *Conventions*; c'eſt-à-dire, quelles ſont les choſes auſquelles on peut s'engager valablement.

Il faut en général, que la choſe ou l'action à quoi l'on s'engage, ſoit en notre pouvoir, tant *phyſiquement*, que *moralement*; c'eſt-à-dire, qu'elle ne ſe trouve ni au-deſſus de nos forces, ni défendue par aucune Loi. En effet, tant que les choſes ne ſurpaſſent pas nos forces, & qu'on a la liberté d'en diſpoſer, rien n'empêche qu'on ne s'impoſe ſoi-même volontairement la neceſſité de les faire en faveur d'autrui, lorſque le commerce & les beſoins de la vie le demandent. Mais ſi elles ſont au-deſſus de nos forces, ou qu'on ne puiſſe les exécuter ſans violer quelque Obligation plus étroite, en vain s'y engageroit-on, puiſqu'un tel acte ne pourroit avoir l'effet direct & légitime de tout Engagement raiſonnable.

Les Promeſſes de *choſes impoſſibles* ſont nulles.

§. II. *Perſonne ne peut donc s'engager à l'impoſſible.* Cette maxime eſt dans la bouche de tout le monde; elle mérite pourtant d'être examinée & développée ici avec plus de préciſion que l'on ne fait d'ordinaire. Et d'abord, il faut diſtinguer entre les (1) Obligations que l'on contracte volontairement, & celles qui nous ſont impoſées

(7) Voyez ci-deſſus, §. 2. *Note.* 7.

(8) *Perſée* (comme le remarquoit ici notre Auteur) prêtant un jour de l'argent à quelqu'un de ſes Amis, lui fit faire une bonne obligation dans les formes. Et comme cet Ami en étant ſurpris, lui eût dit: *Quoi! vous voulez prendre avec moi d'une maniere ſi rigoureuſe toutes les précautions qu'exigent les Loix! Oui*, répondit-il, *afin que vous me rendiez mon argent de bonne grace, & que je ne ſois pas obligé de le redemander en Juſtice.* Θαυμάσαντος δὲ ἐκείνου καὶ εἰπόντος, Οὕτως, ὦ Περσαῖε, νομικῶς; Ναὶ (εἶπεν) ἵνα φιλικῶς ἀπολάβω, καὶ μὴ νομικῶς ἀπαιτήσω. PLUTARCH. *de vitioſo pudore*, pag. 533. B. Tome II. Edit. Wechel. Voyez APPIAN. *de bell. Mithridat.* pag. 214. C. Edit. H. Steph. Les *Turcs*, au contraire, (comme le rapporte CHRISTOPHLE RICHER, *De moribus Turcarum*) *ſont ſi religieux à obſerver leur parole, & ſi ſûrs de la bonne foi des autres perſonnes de leur Nation, qu'ils ne ſe ſervent dans leurs Conventions, d'aucun écrit, d'aucun ſceau, d'aucun billet; mais qu'ils ſe contentent d'avoir parole de celui qui promet, ou d'entendre ſeulement prononcer le nom de celui avec qui ils traitent.* On dit quelque choſe de ſemblable au ſujet des habitans du *Perou*. Voyez GARCILASSO DE LA VEGA, *Hiſtoire des Yncas Rois du Perou*, Liv. VIII. Chap. XVI.

(9) *Video iſtic diplomata, & ſyngraphas, & cautiones, vacua habendi ſimulacra.* De Benefic. Lib. VII. Cap. X.

CHAP. VII. §. II. (1) Je ne ſçai en quoi conſiſte la différence que notre Auteur met ici entre ces deux ſortes

impoſées par quelqu'un qui a autorité ſur nous. Quiconque s'engage de ſon pur mouvement à l'impoſſible, reconnu tel, n'eſt pas ſans contredit dans ſon bon ſens, (2) puiſque ſçachant bien qu'il ne ſera pas en état de faire une choſe, il ne laiſſe pas de la vouloir faire. Mais on n'eſt pas toûjours quitte de toute Obligation, quand on s'eſt engagé par une Promeſſe ou une Convention, à quelque choſe d'impoſſible; quoiqu'alors l'impoſſibilité même diſpenſe de tenir préciſément ce qu'on a promis. A la verité ſi dans le tems qu'on s'engageoit, il y avoit apparence que la choſe ſeroit en notre pouvoir, enſorte que l'on ignorât invinciblement, ou qu'elle nous fût impoſſible alors, ou qu'elle dût le devenir dans la ſuite: on n'eſt obligé ni à exécuter la choſe même, ni à dédommager celui qui en eſt fruſtré, ſurtout ſi la condition de la poſſibilité a été ou expreſſément ajoûtée, ou ſuppoſée tacitement de part & d'autre. (a) Par exemple, ſi l'on promet à quelqu'un de lui prêter un cheval, qui ſe trouve alors dans quelqu'autre lieu, & que le cheval vienne à mourir en chemin, on ne ſera point tenu des dommages & intérêts; car on eſt cenſé avoir ſuppoſé que l'on recouvreroit chez ſoi le cheval ſain & ſauf; deſorte que cette condition manquant, ſans qu'il y ait de notre faute, la Promeſſe devient nulle. Que ſi les deux Parties voyoient & l'impoſſibilité de la choſe, & la connoiſſance que l'une & l'autre avoit de cette impoſſibilité, on préſume que ce n'a été qu'un jeu & un badinage. Mais ſi le Promettant ſçavoit ſeul l'impoſſibilité de la choſe, il doit dédommager l'autre de tout ce qu'il perd pour avoir été ainſi joué. Que ſi faute de bien conſulter ſes forces, on s'eſt imprudemment engagé à une choſe qui dès ce moment-là même nous étoit impoſſible, mais dont on pouvoit connoître l'impoſſibilité ſi l'on eût apporté l'attention neceſſaire, l'Obligation ſera bien nulle en elle-même, parceque le Promettant en a tacitement ſuppoſé la poſſibilité; mais à cauſe de ſa négligence, il ſera tenu des dommages & intérêts: bien entendu que ſous ces dommages & intérêts on ne comprenne pas la perte du gain & du profit que l'autre Partie eſperoit de l'accompliſſement de cette Promeſſe, qui ſe trouve ſans effet (3). La même choſe a lieu dans les Conventions, où celui qui par imprudence s'eſt engagé à quelque choſe d'impoſſible, en eſt auſſi quitte pour les dommages & intérêts: comme d'autre côté, celui à qui il ne peut tenir parole eſt en même tems déchargé de ſon Obligation réciproque; ou s'il l'avoit déja effectuée, a droit de ſe faire rendre ou la choſe même, ou l'équivalent.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. II. Tit. XI. *Si quis cautionibus*, &c. Leg. II. §. 3. *& ſeqq.*

De l'impoſſibilité qui ſurvient à l'égard des choſes auſquelles on s'étoit engagé. Des *Débiteurs inſolvables.*

§. III. Mais lorſque ce qui étoit poſſible dans le tems qu'on promettoit ou qu'on traitoit, devient enſuite impoſſible, il faut voir ſi cela arrive par un cas fortuit & ſans la faute du Promettant, ou bien par un effet de ſa négligence ou de ſa mauvaiſe foi.

ſortes d'obligations. Car il ne l'explique point dans tout ce Chapitre, où il traite ſeulement des Promeſſes & des Conventions. D'ailleurs, ſelon ce qu'il a établi lui-même ci-deſſus, *Liv.* I. Chap. V. §. 8. on n'eſt pas obligé à l'impoſſible en matiere de Loix, ni moins ſujet à la peine, quand on s'eſt mis par ſa propre faute hors d'état d'obéïr au Superieur.

(2) Ou bien il veut ſe mocquer de celui envers qui il s'engage. Mr. Thomasius, dans ſes *Inſtit. Juriſpr. Divin.* Lib. II. Cap. VII. §. 81. diſtingue ici deux ſortes d'*impoſſibilité*; l'une, des choſes abſolument impoſſible à tous les Hommes, comme de voler, de toucher le Ciel avec la main: l'autre, de celles qui ne ſont impoſſibles qu'à certaines perſonnes, comme d'avoir des Enfans, de payer dix mille ou cent mille Ecus, &c. Les Régles que notre Auteur donne enſuite ſur les cas où l'on eſt tenu à quelque choſe, quoique ce qu'on a promis ſoit impoſſible, ces Régles, dis-je, regardent la derniere ſorte d'impoſſibilité, & non pas la premiere: car celui qui croiroit qu'un homme peut voler, ou boire la Mer, ſeroit auſſi fou que l'autre qui s'y engageroit. Joignez ici ce que j'ai dit ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. IX. §. 23. Note 1.

(3) Il faut diſtinguer ici, à mon avis, entre les Promeſſes gratuites, & les Conventions intéreſſées de part & d'autre. Voyez l'endroit de mes Notes ſur l'Abregé, que je viens d'indiquer; & le §. 12. du même Chapitre, *Note* 1.

Dans le premier cas, l'engagement devient abſolument nul ſi la choſe eſt encore en ſon entier ; mais lorſque l'un des Contractans a déja exécuté quelque choſe, il faut lui rendre (1) ou ce qu'il a donné, ou l'équivalent. Que ſi cela ne ſe peut, on doit du moins faire tous ſes efforts pour le dédommager d'une maniere ou d'autre ; car dans toute Convention on ſe propoſe premierement ce dont on eſt convenu, & au défaut de cela quelque choſe d'équivalent, ou tout au moins on entend de ne recevoir aucun dommage. Mais lorſque de propos déliberé, ou par l'effet d'une grande négligence, on s'eſt mis ſoi-même hors d'état de tenir ſa parole, on eſt obligé de faire tous les efforts poſſibles pour ſe délivrer de cette impuiſſance ; & l'on peut même pour y ſuppléer être légitimement condamné à quelque peine.

C'eſt ſur ces fondemens qu'il faut décider les queſtions que l'on agite au ſujet des *Débiteurs qui ne ſont pas en état de payer.* Lorſqu'ils ſont tombez dans cette impuiſſance par un cas fortuit, & ſans qu'il y ait de leur faute, ils ne doivent rien oublier pour tâcher de ſatisfaire leurs Créanciers. D'autre côté, l'équité & l'humanité demandent (2) que l'on donne du tems à un Débiteur, afin qu'il cherche les moyens de s'acquitter (a). Ce ſeroit auſſi une choſe également dure & injuſte, de le réduire à la mendicité, en le dépouillant de tout ſon bien. Il y a même de certaines perſonnes privilégiées, en faveur deſquelles le Droit Romain (3) ordonnoit *qu'on ne les condamnât qu'à ce qu'elles pourroient faire.* Mais à moins que le Créancier ne remette le ſurplus de ce que l'on eſt en état de payer pour le préſent, on eſt tenu d'acquitter la dette entiere auſſi-tôt qu'on en aura le moyen. Pour les Débiteurs qui ſe ſont ruïnez par leur faute, on peut leur infliger quelque peine, & c'eſt à ceux-là que convient le proverbe commun, (4) *Qui ne peut payer de ſa bourſe, doit payer en ſa perſonne* (b). Il faut encore conſiderer ici la raiſon ou la néceſſité qui a obligé un homme à s'endetter ; car ſelon qu'elle eſt plus ou moins grande, on doit avoir plus ou moins de ſupport & de compaſſion pour un Débiteur réduit à la pauvreté. Ainſi ce n'eſt pas ſans ſujet que l'on traite les Marchands avec plus de rigueur, lors même qu'un cas fortuit les a rendu inſolvables, que d'autres qu'un beſoin preſſant a mis dans la néceſſité d'emprunter ; car il n'y a que le deſir du gain qui porte les premiers à s'endetter, & comme ils font profeſſion de l'art de s'enrichir, ils ne ſont guéres excuſables lorſqu'ils n'ont pas bien pris leurs précautions, (c) même contre les accidens fortuits ; comme ſi, par exemple, ils riſquent tout leur bien en une ſeule fois. Les anciens *Romains* n'avoient pourtant pas beaucoup d'égard à ces conſidérations, & SENEQUE en allegue la raiſon. (5) *Vous imaginez-vous*, dit-il, *que nos Ancêtres*

(a) Voyez *Matth.* XVIII. 25, 26.

(b) Voyez *Aul. Gell.* Lib. XX. Cap. I. *circa fin.* & ce que dit *Appius Claud.* dans *Denys d'Halic.* Lib. V. pag. 330. *& ſeqq. Edit. Sylb.* Cap. LXVI. pag. 316. *& ſeqq. Edit. Oxon* Voyez pourtant *Tit. Liv.* Lib. VIII. Cap 28.

(c) Voyez *Plin.* Lib. III. Epiſt. XIX. *num.* 4. *Juſtin.* Lib. IX. Cap. I. fin. *Tit. Livius*, Lib. XL. Cap. XXI. *num.* 5.

§. III. (1) Cela n'eſt vrai qu'à l'égard des Conventions où il n'entre point de tranſport de Proprieté, comme dans un Contract de Loüage ; mais il n'en eſt pas de même de celles qui font acquérir un droit de Proprieté, comme, par exemple, un Contract de Vente. Car ſi la choſe venduë vient à périr par un cas fortuit, c'eſt pour le compte de l'Acheteur, qui a le principal droit ſur cette choſe, & qui en eſt même déja Propriétaire, à ne conſiderer que les principes du Droit Naturel : d'où vient que le Vendeur retient le prix de ſa marchandiſe, ou ſe le fait payer, s'il ne l'a pas encore reçu. TITIUS, *Obſerv.* CCXXX. Voyez ce qu'on dira, Liv. V. Chap. V. §. 3.

(2) Voyez ce que j'ai dit dans mon *Traité du Jeu*, Liv. III. Chap. V. §. 33.

(3) Tels étoient, par exemple, les *Maris* qui étoient obligez de rendre la dot de leurs Femmes ; *Maritum in id quod facere poteſt, condemnari, exploratum eſt* : Digeſt. Lib. XXIV. Tit. III. *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, Leg. XII. Les *Gens de guerre*, Lib. XLII. Tit. I. *De re judicata*, &c. Leg. VI. Les *Aſſociez* ; les *Pere & Mere* ; les *Patrons*, leurs Femmes & Enfans, comme auſſi leurs Pere & Mere ; les *Donateurs* ; les *Beauperes* : *Ibid.* Leg. XVI. XVII. XIX. XXI. Voyez encore *Leg.* XLIX. L. & Lib. XLII. Tit. III. *De ceſſione bonor.* Leg. VI. VII.

(4 —— *Cujus fortuna laborans*
*Non potis eſt auro venales ſolvere noxas*
*Arctatur vinclis* ——

GUNTHER. *Ligurin.* Lib. VIII. vers la fin. Voyez les *Paræmiæ Jur. German.* de Mr. HERTIUS, Lib. I. Cap. LXXXIX.

(5) *Quid tu tam imprudentes judicas Majores noſtros fuiſſe, ut non intelligerent iniquiſſimum eſſe, eodem loco*

*ayent été ſi peu éclairez que de ne pas voir qu'on ne peut ſans une grande injuſtice mettre au même rang ceux qui ont dépenſé en débauches, ou au jeu, l'argent qu'ils avoient emprunté; & ceux qui par une incendie, par un vol, ou par quelqu'autre accident fâcheux ont perdu en meme tems & leur propre bien, & celui de leurs Créanciers? Non, ſans doute; mais pour apprendre aux hommes à tenir religieuſement leur parole, on n'a pas voulu qu'aucune excuſe fût valable. Et au fond, il valoit mieux qu'un petit nombre de gens courût riſque de n'être pas reçu à alleguer une excuſe légitime, que ſi tout le monde pouvoit chercher quelque prétexte ſpecieux pour ſe diſculper.* C'eſt ainſi que chez les *Moſcovites*, un Débiteur inſolvable eſt ſujet à ſe voir bien battu par ſon Créancier, & contraint enfin de devenir ſon Eſclave (6).

§. IV. Hobbes (a) avance ici d'une maniere trop générale, à mon avis: *Que les Conventions obligent, non pas préciſément à ce que l'on a promis, mais ſeulement à faire tout ce que l'on peut pour l'effectuer. Car,* dit-il, *il n'y a que cela qui dépende de nous*, & nul n'eſt tenu à l'impoſſible. Il falloit ajoûter; *à moins que par ſa faute, ou de propos déliberé, on ne ſe ſoit mis ſoi-même dans l'impuiſſance;* car alors on n'eſt pas quitte de l'Obligation, en faiſant tous ſes efforts; mais ce qui manque pour achever de la remplir, rend digne de quelque peine le Promettant peu ſoigneux de ſe maintenir en état d'effectuer ſes engagemens. Au reſte, la maxime dont il s'agit paroît avoir lieu proprement en matiere de Conventions, dans leſquelles pour une choſe donnée ou une action exécutée ſur le champ, on promet de faire quelque choſe à l'avenir; car comme à cauſe de l'incertitude de l'avenir par rapport aux Hommes, il peut arriver, ou que nos forces diminuent par quelque accident imprévu, ou qu'une révolution ſoudaine nous faſſe perdre l'occaſion d'agir, ou nous la rende du moins plus difficile à trouver; comme d'ailleurs toute la pénétration du monde n'empêche pas que l'on ne ſe trompe ſouvent dans l'examen de ſes propres forces, & des difficultez de la choſe à quoi l'on s'engage: on doit toûjours préſumer, que les Contractans n'ont jamais perdu de vûe la foibleſſe de la Nature Humaine; & qu'ainſi, en déterminant ce qu'ils devoient faire à l'avenir les uns pour les autres, ils ont ſuppoſé comme une condition tacite, que leurs forces & l'occaſion d'agir demeuraſſent au même état, ou qu'ils n'euſſent pas conçu une trop haute idée de leur pouvoir préſent. En ce cas-là on a raiſon de dire, que celui qui fait tout ce qui dépend de lui remplit exactement ſon devoir; ſurtout, ſi dans l'exécution même il ſurvient quelque obſtacle invincible qui en empêche l'effet, ou qui le détourne ailleurs. Et les raiſons mêmes d'Hobbes font voir que ſa maxime doit s'appliquer uniquement

S'il ſuffit toûjours de faire tout ce qu'on peut pour tenir ſa parole?

(a) *De Cive*, Cap. II. §. 14.

*haberi eum qui pecuniam, quam à Creditore acceperat, libidine aut alea abſumpſit, & eam qui incendio, aut latrocinio, aut aliquo caſu triſtiore, aliena cum ſuis perdidit? Nullam excuſationem receperunt, ut homines ſcirent fidem utique præſtandam. Satius enim erat à paucis etiam juſtam excuſationem non accipi, quàm ab omnibus aliquam tentari.* De Benefic. Lib. VII. Cap. XVI.

(6) Pour un tems ſeulement, à proportion de la Dette. Cela eſt au moins ainſi rapporté dans une Deſcription de la *Moſcovie*, pag. 262. *Edit. Elzevir.* 1630. Je ne ſçai ſi la coûtume ſubſiſte encore aujourd'hui Parmi les *Athéniens*; les Débiteurs inſolvables étoient auſſi ajugez à leurs Créanciers, qui les retenoient pour Eſclaves, ou les envoyoient vendre dans les Pays Etrangers; & pluſieurs même étoient contraints de vendre leurs propres Enfans. Mais *Solon* abolit cet uſage inhumain. Voyez Plutarque, dans ſa Vie, *pag.* 85. B. & 86. D. *Edit. Wech.* On avoit crû, que chez les *Romains* une Loi des *XII. Tables* permettoit aux Créanciers de mettre en pieces le corps de leur Débiteur, & de le partager entr'eux; & cette opinion eſt même appuyée ſur l'autorité de Quintilien, *Inſt. Orat.* Lib. III. Cap. VI. d'Aulu Gelle, *Noct. Att.* Lib. XX. Cap. I. & de Tertulien, *Apologet.* Cap. IV. Mais Mr. *de Bynkershœk* a prouvé d'une maniere aſſez plauſible pour le fonds de la choſe, (dans ſes *Obſervations*, Lib. I. Cap. I.) qu'il s'agit là ſeulement d'une vente de la perſonne même du Débiteur, faite par voye d'encan. On peut comparer avec ce beau commencement du Livre que je viens de citer, un Mémoire qui ſe trouve dans les Acta Eruditorum de *Leipſic*, Février 1710. pag. 78.

à ces ſortes de Conventions. *On traite*, dit-il, *très-ſouvent au ſujet de certaines choſes que l'on croit poſſibles dans le tems que l'on promet, mais qui enſuite ſe trouvent impoſſibles :* (en quoi il faut ſuppoſer que l'on n'ait pas eu le moyen d'éprouver ſes forces) *cependant*, ajoûte HOBBES, *on n'eſt pas pour cela quitte de toute Obligation. La raiſon en eſt, que quand on promet une choſe avenir qui eſt incertaine, on a déja reçu un bien préſent, à condition de rendre la pareille ; car celui qui fait ſur le champ quelque choſe en faveur de l'autre Partie, a ſimplement en vûë l'eſperance d'un bien équivalent à ce qu'on lui promet, & il ne ſe propoſe la choſe même, qu'autant qu'elle ſera poſſible.* Mais je ſoutiens au contraire, que quiconque fait ſur le champ quelque choſe en faveur de celui avec qui il traite, veut premierement & directement acquerir par ce moyen le bien avenir qu'il a ſtipulé dans la Convention. Cela a même lieu également dans les Conventions où l'on promet de donner à l'avenir, & dans celles où l'on s'engage à faire quelque choſe ; car je ne trouve rien dans les principes du Droit Naturel, qui autoriſe la difference que quelques-uns mettent ici entre ces deux ſortes de Conventions, prétendant que les premieres obligent préciſément & indiſpenſablement à donner ce qui a été promis ; (1) au lieu que les autres n'obligent pas préciſément à faire ce dont on eſt convenu, & que l'on peut en être quitte pour payer les dommages & intérêts. Celui qui effectue quelque choſe ne ſe propoſe d'être dédommagé par un équivalent, qu'au cas qu'il ne puiſſe point avoir la choſe même dont il étoit convenu avec l'autre Contractant. Que s'il n'y a pas moyen d'obtenir ce dédommagement, & que la choſe donnée ne ſoit pas ſuſceptible de reſtitution ; alors on doit tenir quitte celui qui a fait tout ce qu'il pouvoit. Mais dans un Contract de Prêt, & autres de même nature, il eſt faux que le Débiteur ſoit dégagé de ſon Obligation, en payant ce qu'il eſt en état de donner pour l'heure ; car quand on emprunte, (2) ſurtout ſans une extrême néceſſité, le Créancier ſuppoſe que le Débiteur a la volonté & le moyen de payer : celui-ci de ſon côté témoigne qu'il prétend emprunter ſur ce pié-là : deſorte que le Contract eſt fondé ſur cette ſuppoſition. Si donc, au tems du payement, le Débiteur ne peut rendre qu'une partie de la ſomme, il eſt à la verité impoſſible de tirer de lui davantage pour le préſent ; mais cela n'empêche pas qu'il ne ſoit obligé de payer le reſte dès qu'il en aura le moyen (b). Au reſte dans les ſimples Promeſſes par leſquelles on s'engage à quelque choſe qui ne dépend pas abſolument de nous, il faut toûjours ſouſentendre cette reſtriction, *ſi la fortune nous eſt favorable ; s'il n'arrive point de contretems ;* ou, pour parler en Chrétien, (c) *s'il plaît à Dieu.* Et l'on ne peut, ſans un inſigne témerité & une préſomption impie, s'engager avec ſerment à répondre d'un événement incertain ; comme fit autrefois *Labienus* (d), & à ſon exemple, *Pompée*, avec tous leurs Soldats, *qui jurerent de ne retourner à leur camp que victorieux.*

(b) Voyez *Matth.* XVIII. 25. *& ſuiv.*

(c) Voyez *Jacques*, IV. 15.

(d) *Cæſar. Comm. De Bell. Civil.* Lib. III. Cap. LXXXVII. num. 6. Voyez *Act.* XXIII. 21. & *Selden, de Jur. Nat. & Gent. ſec. Hebr.* Lib. IV. Cap. VII.

Si l'on peut s'obliger à ſouffrir des maux qui ſont au-deſſus de la fermeté ordinaire de l'Eſprit Humain ?

§. V. HOBBES propoſe (a) encore ici une Queſtion aſſez épineuſe, ſçavoir, ſi l'on peut s'impoſer ſoi-même l'obligation de ſouffrir des maux qui ſoient au-deſſus de la fermeté ordinaire de l'Eſprit Humain ? *Par exemple, ſi l'on peut s'engager à ne pas ſe défendre contre une perſonne qui veut nous bleſſer ou nous tuer ?* Nôtre Au-

(a) *De Cive*, Cap. II. §. 18.

§. IV. (1) C'eſt le principe du Droit Romain. *Si minus, quia non facit quod promiſit, in pecuniam numeratam condemnatur. Sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*, Digeſt. Lib. XLII. Tit. I. *De re judicata*, &c. Leg. XIII. §. 1. Les Juriſconſultes étendent même cela aux actions, dont l'effet eſt de transferer la poſſeſſion ou la proprieté d'une choſe. Et de là vient que, ſelon eux, un Vendeur ne peut être contraint à livrer la marchandiſe, mais ſeulement à payer les dommages & interêts. Voyez ci-deſſous *Liv. V. Chap.* V. §. 5. Note 2.

(2) Voyez ce que j'ai dit dans mon *Traité du Jeu*, Liv. III. Chap. V. §. 31.

teur le nie, & l'on voit bien à quel deſſein, c'eſt afin de faire voir que les Conventions ſeules ne ſont pas un aſſez bon rempart contre la Malice Humaine, & qu'il ne ſuffit pas de s'engager à ſubir volontairement quelque peine, au cas que l'on vienne à commettre des injuſtices; mais que pour conſerver la paix & la ſureté parmi les Hommes, il faut néceſſairement établir des Gouvernemens Civils, qui puiſſent infliger des Peines malgré la réſiſtance du Criminel. Cette maxime eſt très véritable, comme nous le ferons voir au long en ſon lieu: mais il ne ſera pas inutile d'examiner avec un peu de ſoin les raiſons dont Hobbes ſe ſert pour établir ſon ſentiment ſur la Queſtion dont il s'agit. *Perſonne*, dit-il, *n'eſt tenu par ſes Conventions, de quelque nature qu'elles ſoient, de ne pas réſiſter à ceux qui le menacent de la mort, ou d'une bleſſure, ou de quelque autre dommage en ſa propre perſonne. Car chacun a un ſouverain degré de timidité, qui lui fait regarder le mal, dont il eſt menacé, comme un des plus grands maux: ainſi il ſe porte, par une néceſſité naturelle, à éviter ce mal préſent autant qu'il lui eſt poſſible, & l'on ne conçoit pas qu'il puiſſe faire autrement. Lorſque la crainte eſt montée à un tel point, on ne manque jamais de chercher ſa ſureté dans la fuite, ou dans une vigoureuſe réſiſtance. Nul n'étant donc tenu à l'impoſſible, ceux qui ſont menacez de la mort, ou d'une bleſſure, ou de quelque autre dommage en leur propre perſonne, & qui n'ont pas aſſez de réſolution pour ſupporter de pareils maux, ne ſont nullement obligez de les ſouffrir.* Je remarque là-deſſus, qu'il ne paroît pas abſolument au-deſſus de la fermeté de l'Eſprit Humain de ſouffrir la mort ſans aucune réſiſtance. Si donc Dieu ordonne de mourir plûtôt que de commettre une certaine action, il n'y a point de doute que l'on n'y ſoit indiſpenſablement obligé. J'avoue pourtant, que comme d'ordinaire les Hommes n'ont pas aſſez de courage pour s'y réſoudre, on ne préſume guéres qu'une perſonne ait voulu s'engager elle-même à quelque choſe de ſemblable, les Conventions, auſſi-bien que les Loix Humaines, devant être faites dans la ſuppoſition de l'infirmité humaine. Mais cela ne doit point tirer à conſéquence pour éluder, par exemple, la rigueur de la Diſcipline Militaire, comme ſi un Soldat, qui ſe voit en danger de la vie, pouvoit quitter ſon poſte ſous prétexte qu'il n'eſt pas tenu à l'impoſſible. Car je ſoûtiens, que ce n'eſt pas une choſe au-deſſus de la fermeté des Hommes, du moins des gens de cœur, de s'expoſer à être tuez, en ſe défendant juſqu'à la derniere extrémité. Je dis, *en ſe défendant juſqu'à la derniere extrémité*: car je ne ſçai ſi dans la Guerre on ſe trouve jamais réduit à la néceſſité de laiſſer quelques Soldats à la merci de l'Ennemi, enſorte qu'ils ne puiſſent ni ſe battre, ni uſer de quelque ſtratagême pour tâcher de ſe tirer d'affaires. Auſſi le but de la conſervation des Etats, & l'uſage de toutes les Nations, concourent-ils ici à nous donner lieu d'établir pour régle, que dans un beſoin un Capitaine peut légitimement ordonner à ſes Soldats de tenir ferme dans un certain lieu juſqu'à la derniere extrémité, quand même ils devroient être tuez ſur le champ, & que ſi quelqu'un abandonne ſon poſte, on a droit de le faire mourir en punition de ſa lâcheté. En effet, quiconque s'enrolle, renonce tacitement à toutes les excuſes que lui pourroit fournir ſa timidité naturelle, & s'engage non ſeulement à ſe battre, mais encore à ne pas lâcher le pié ſans l'ordre de celui qui commande. Il n'y a même au fond rien d'abſurde à punir un homme de mort, parcequ'il n'a pas voulu perdre la vie: car il eſt beaucoup plus fâcheux (1) de mourir ignominieuſement de la main d'un

§. V. (1) Cela prouve bien que, quand la peine eſt une fois établie, il vaut mieux ſe faire tuer en combattant courageuſement, que de courir riſque de perdre la tête ſur un échaffaut, ou d'être pendu:

Bourreau, que d'être tué glorieuſément & en homme de cœur par un Ennemi à qui l'on vend chérement ſa vie (2). Et quand même une perſonne auroit moins de réſolution que n'en a le commun des Hommes, ce défaut particulier ne l'exemteroit pas d'une telle Obligation. *On ſe fie*, ajoûte HOBBES, *à ceux qui ſont obligez de tenir leur parole.... Au contraire, lorſque l'on méne quelqu'un au ſupplice, on le lie, ou bien on le fait accompagner par des Gardes : preuve évidente qu'on ne le croit engagé par aucune Convention à ne pas réſiſter aux exécuteurs de la Juſtice.* Cet exemple (3) eſt bien appliqué, je l'avoue : mais on ne ſe fie pas non-plus ſi fort à ceux qui ſont dans quelque autre engagement, que l'on ne prenne de bonnes (b) précautions pour prévenir ou arrêter par la force l'effet de leur perfidie. *Une Convention comme celle-là*, dit enſuite nôtre Auteur, *ſeroit même entierement inutile. On traite bien quelquefois de cette maniere : Si je ne fais telle ou telle choſe en tel tems, je conſens que vous me faſſiez mourir* (c'eſt-à-dire, vous aurez droit de m'ôter la vie) *mais c'eſt une Convention hors d'uſage & de nul effet, que de dire : Si je ne fais telle ou telle choſe, je conſens que vous me faſſiez mourir, ſans que je puiſſe me défendre.* Voici comment il le prouve. S'il y avoit quelque Convention de cette nature, ce ſeroit ou entre l'Etat & les Citoyens, ou entre les Citoyens d'un même Etat, ou entre ceux qui vivent les uns par rapport aux autres dans la Liberté Naturelle. Il ſeroit ſuperflu que l'Etat ſtipulât de ſes Sujets une choſe comme celle-là : car il ſuffit que chaque Citoyen s'engage à ne pas uſer de violence pour arracher des mains de la Juſtice les Criminels condamnez à quelque ſupplice. Les Concitoyens ne ſauroient s'engager entr'eux à rien de ſemblable : car dans un Etat il n'y a point de Particulier qui ait droit d'ôter la vie à un autre. Pour ceux qui vivent dans l'indépendance de l'Etat de Nature, il leur ſeroit auſſi inutile de traiter enſemble ſur ce pié-là, parceque, s'ils s'engageoient ainſi : *Je conſens que vous me faſſiez mourir, au cas que je ne tienne pas ma parole ;* il devroit y avoir eu avant cela une autre Convention, de cette maniere : *Vous ne me tuerez pas avant un tel jour.* Car, ſelon l'hypothéſe d'HOBBES, dans l'Etat de Nature, avant que l'on ait fait enſemble quelque Convention, chacun a droit de tuer qui il veut. Cela étant, ſi dans le tems marqué l'un des Contractans n'a pas tenu ce qu'il avoit promis, ils rentrent tous deux dès-lors dans l'Etat de Guerre, où chacun

(b) Voyez *Senec. Thyeſt.* verſ. 643. *& ſeqq.*

mais cela ne fait pas voir qu'il n'y ait rien d'abſurde ou d'injuſte à établir une telle peine. Pour le montrer, il faut dire, qu'il eſt quelquefois néceſſaire qu'une perſonne s'expoſe à de grands dangers, & à la mort même, pour la conſervation ou la défenſe de pluſieurs autres, le ſalut de pluſieurs étant préférable à celui d'un ſeul. Et quand on s'y eſt engagé, comme dans le cas dont il s'agit & autres ſemblables, on n'a aucun ſujet de ſe plaindre de celui qui inflige une peine que l'on avoit conſenti ou expreſſément, ou tacitement, de ſubir au cas qu'on ne tînt pas ſes engagemens. Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. II.

(2) Par une Loi du Droit Romain, à laquelle l'Auteur renvoyoit ici, les Domeſtiques qui préferoient leur propre conſervation à celle de leurs Maîtres, étoient punis de mort. *Servi quotiens dominis ſuis auxilium ferre poſſunt, non debent ſaluti eorum ſuam anteponere..... ultimum itaque ſupplicium pati debet [ ancilla, cui percuſſor dominæ mortem minatus erat, ſi proclamaſſet ] vel hoc, ne ceteri ſervi credant, in periculo dominorum ſibi quemque conſulere debere.* DIGEST. *Lib.* XXIX. *Tit.* V. *De Senatuſconſulto Silaniano & Claudiano*, &c. *Leg.* I. §. 28.

(3) J'admire comment nôtre Auteur a pû ſe mettre dans l'eſprit, que le cas dont il s'agit, doit être excepté. Il y a d'autant moins de raiſon de le faire, qu'un Criminel s'eſt précipité, par ſa propre faute, dans le péril. Au lieu qu'un Soldat y eſt réduit par un effet de la volonté d'autrui, & ſans qu'il pût ni qu'il fût obligé d'éviter l'extremité où il ſe trouve. Ainſi cela balance du moins l'incertitude qu'on prétend qu'il y a d'un côté plus que de l'autre. Ou plûtôt cette différence ne fait rien ici. La vûë d'un péril prochain, quoiqu'il reſte quelque petite eſperance de s'en garentir, n'a guéres moins de force ſur l'eſprit du commun des Hommes que celle d'un Mal moralement certain. Outre que le Soldat, qui abandonnera ſon poſte, n'eſt pas entierement aſſuré de paſſer par la main du Bourreau : car ne pourroit-il pas ſouvent eſperer de s'en garentir par la ſuite ? Ou il faut donc que nôtre Auteur accorde à HOBBES ſon principe, ou il doit néceſſairement en reconnoître l'application au cas préſent de la maniere que nous l'expliquerons ci-deſſous, *Liv.* VIII. *Chap.* III. §. 4. *Note* 8.

a une pleine liberté de faire aux autres tout le mal qu'il lui plaît ; & par conſéquent le droit de ſe défendre revient auſſi de lui-même. Voilà les raiſonnemens d'Hobbes, fondez comme on voit, ſur des principes particuliers que je ne ſaurois approuver. J'aime mieux dire, que la force & l'effet des Conventions conſiſte non ſeulement à impoſer une néceſſité intérieure de tenir ſes engagemens, c'eſt-à-dire, à y obliger en conſcience ; mais encore à donner un droit en vertu duquel chacun des Contractans (4) peut contraindre l'autre en le menaçant de quelque mal, s'il refuſe d'effectuer ce dont ils ſont convenus. Deſorte que toute Convention ſe réduit à ceci : *Je vous promets de faire telle ou telle choſe ; & au cas que j'y manque, je conſens que vous ayïez droit de m'y forcer par la crainte de quelque mal.* Après cela il ſeroit & inutile, & ridicule, d'exiger que l'on s'engageât à ne point ſe défendre, lorſque le Contractant, à qui l'on manqueroit de parole, auroit recours aux voyes de la contrainte. Car il faudroit encore appuyer cette nouvelle Convention par une troiſiéme, de cette maniere : *Si je vous réſiſte, lorſque vous me forcerez à tenir ma parole, je conſens que vous ayïez droit de me faire ſouffrir quelque mal.* D'où il paroît que la derniere Convention n'ajoûte rien à la précédente, puiſque celle-ci donnoit déja droit d'uſer de violence contre le Contractant infidéle, & qu'il eſt auſſi aiſé d'enfraindre la derniere Convention que la premiere. Or à quoi bon ſoûtenir un Traité par un autre, ſi dix pareils n'ont pas plus de force qu'un ſeul ? *Enfin*, conclut Hobbes, *ſi l'on promettoit de ne point réſiſter, on s'engageroit à choiſir de deux Maux préſens celui qui paroît le plus grand ; car une mort certaine eſt ſans contredit un plus grand mal que le combat où l'on s'expoſe en réſiſtant. Or il eſt impoſſible de ne pas choiſir de deux Maux celui qui paroît le moindre. Donc, par une telle Promeſſe on s'engageroit à l'impoſſible ; ce qui eſt contraire à la nature des Conventions.* Mais la maxime qui porte, que *de deux Maux il faut choiſir le moindre*, doit être entendue avec quelque reſtriction ; car ce n'eſt proprement que dans les *Maux de ſimple dommage*, conſiderez comme tels, que l'on peut tenir pour un gain de ſe tirer d'affaires en ne ſouffrant qu'une partie du mal qui eſt inévitable pour l'heure. Mais il ne faut pas étendre cette Régle à la comparaiſon que l'on fait entre deux *Maux moralement tels*, c'eſt-à-dire, entre deux choſes deshonnêtes ; ou bien entre un *Mal Moral*, & un *Mal de ſimple dommage*. Car quand il s'agit de commettre deux Péchez, (5) on ne doit jamais ſe déterminer ni à l'un ni à l'autre. Il arrive bien quelquefois, que l'on ne ſauroit ſatisfaire en même tems à deux Devoirs Affirmatifs, deſorte que l'omiſſion de l'un de ces Devoirs, qui hors de là auroit été criminelle, devient alors légitime. En ce cas-là on peut & l'on doit certainement choiſir le moindre de deux Maux ; ou plûtôt la concurrence d'un Devoir moins important avec un autre plus noble, fait voir qu'en de telles circonſtances l'omiſſion du Devoir moins conſidérable n'eſt point un Péché : car les Loix d'un ordre inférieur renferment toûjours cette exception tacite, que l'on n'eſt pas tenu de les obſerver, ſi cela ne ſe peut ſans violer quelque Loi d'un ordre plus relevé. Par exemple, *ne pas obéïr à Dieu*, & *ne pas obéïr au Souverain*, ſont deux choſes mauvaiſes, à les conſidérer ſéparément & en elles-mêmes. Mais s'il arrive que le Souverain commande quelque choſe de contraire aux Loix Divines, alors on ne fait point

(4) Et par conſéquent l'autre s'oblige à ne pas réſiſter, lorſque celui-ci fera uſage de ſon droit : autrement ce droit ſeroit fort inutile. Voyez ſur tout ceci la *Juriſprud. divina* de Mr. Thomasius, Lib. III. Cap. VII. §. 88, *& ſeqq.*

(5) Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. III. §. 8. & ce que j'ai dit dans mon *Traité du Jeu*, Liv. IV. Chap. V.

de mal en déſobéïſſant au Souverain. On peut encore, pour éviter un *Mal de ſimple dommage*, mais fort conſidérable ou extrémement ſenſible, ſe réſoudre à exécuter (6) ſimplement un Peché d'autrui, ou à y concourir en qualité d'inſtrument ; de quoi nous traiterons ailleurs plus au long. Mais il n'en eſt pas de même quand il s'agit ou de ſouffrir un Mal de cette nature, ou de commettre ſoi-même un véritable Peché. Il vaut mieux, par exemple, ſe paſſer d'un gain, ou ſupporter une perte, que de ſe laiſſer aller à aucun Crime; quoiqu'un faux jugement, produit par la Paſſion, nous répréſente le dernier Mal comme le moindre. Si l'on n'étoit plus obligé à une choſe, du moment que quelque conſideration extérieure nous feroit trouver plus de plaiſir & plus d'avantage à y manquer, qu'à s'en acquitter, toute la force des Obligations dépendroit de la fantaiſie de chacun, & s'en iroit par conſéquent en fumée. Ainſi un Voleur aura beau dire, qu'il a jugé que c'étoit un plus grand mal de gagner ſa vie en travaillant que de prendre le bien d'autrui, on ne recevra point cette excuſe impertinente. Il eſt certain, au contraire, que l'effet propre & naturel des Obligations conſiſte principalement en ce qu'elles impoſent une néceſſité indiſpenſable de faire certaines choſes, qui ſont d'ailleurs contraires à nôtre inclination & à nos déſirs.

On ne peut point s'engager valablement à des *choſes illicites.*

§. VI. Pour contracter quelque Obligation par une Promeſſe ou une Convention, il faut encore, comme je l'ai déjà dit, que l'on ait un *pouvoir Moral* de faire ce dont on eſt convenu; (1) deſorte qu'*on ne ſauroit s'engager validement à une choſe illicite en elle-même* (2). En effet, toute la force d'un Engagement dépend du pouvoir

(6) Voyez ce qu'on a dit ci-deſſus, Liv. I. Chap. V. §. 9. & ce que l'on dira, Liv. VIII. Chap. I. §. 6. avec les Notes.

§. VI. (1) *Pacta quæ contra leges conſtitutioneſque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris eſt.* Cod. *De Pactis*, Leg. VI. Voyez auſſi Digest. Lib. XXVIII. Tit. VII. *De conditionib. inſtitution.* Leg. XV. Lib. XLV. Tit. I. *De verborum obligat.* Leg. XXXV. §. 1. & Leg. CXXIII. & Institut. Lib. III. Tit. XX. *De inutilib. ſtipular.* §. 24.

(2) Il me ſemble que cette matiere, de la validité des Conventions illicites, n'a pas encore été traitée aſſez exactement, & que l'on décide la queſtion d'une maniere un peu trop générale, faute de faire attention aux véritables principes, d'où dépend la ſolution des divers cas qu'elle renferme. Voici les idées qui me ſont venuës dans l'eſprit, en méditant là-deſſus, depuis la premiere Edition de cet Ouvrage. Je remarque d'abord, que *tout acte qui ſe trouve accompagné de quelque choſe de contraire aux Régles de la Vertu, n'eſt pas invalide par cela ſeul.* Pourvû que la choſe à quoi on s'engage ſoit innocente en elle-méme, c'eſt-à-dire, permiſe & par le Droit Naturel, & par les Loix Civiles, il n'importe que l'un ou l'autre des Contractans, ou tous les deux enſemble, péchent à certains égards: l'engagement, à ne conſidérer que les Parties, n'en eſt pas moins ſuivi de tous les effets de droit. Pour ne rien dire des mauvais motifs qui rendent criminelle une action d'ailleurs très-innocente ; un Marchand, par exemple, qui s'embarque dans certains commerces dangereux, peut agir contre ce qu'il ſe doit à lui-même ou aux ſiens, ſans être pour cela diſpenſé de tenir les engagemens où il eſt entré là-deſſus. Un Cabaretier, qui donne tous les jours à boire aux Yvrognè, fait mal aſſurément, auſſi-bien que ceux à qui il fournit ainſi l'occaſion de s'enyvrer : il n'en eſt pourtant pas moins en droit de faire payer le Vin que ces gens-là boivent, & ceux-ci ne ſont pas non-plus moins tenus de lui payer. Les Joueurs, ſurtout ceux de profeſſion, commettent diverſes ſortes de Pechez en jouant, comme je l'ai montré au long dans mon *Traité du Jeu :* mais cela n'empêche pas que ceux qui ont gagné de bonne guerre, ne tire légitimement ce qui leur revient, & ne puiſſent demander ce qui leur eſt dû. De-plus il faut conſiderer, que le but d'une Loi, qui défend certaines choſes, n'eſt pas tant d'annuller tout ce qui peut avoir été fait à leur occaſion, que d'empêcher qu'on ne les commette, ou tout au plus de les dépouiller des autres effets de droit qu'elles auroient eu ſans les défenſes. Que ſi l'effet d'un engagement illicite ſubſiſte en ſon entier, la Loi ne l'autoriſe pas proprement, elle ne fait que laiſſer les choſes dans l'état où elles ſont, & refuſer ſa protection à un Contractant qui ne la mérite pas. Cela poſé, diſtinguons ici entre ce qui eſt *Contraire au Droit Naturel*, & ce *qui n'eſt illicite que parcequ'il y a quelque Loi Civile qui le défend.* I. A l'égard des Conventions qui roulent ſur la *premiere ſorte des choſes illicites*, Voici les Régles que je poſe. 1. *Si après s'être engagé à quelque choſe de mauvais en ſoi, on ne veut pas le tenir, celui envers qui l'on s'eſt engagé, n'a aucun droit de nous y contraindre, & il ne ſçauroit ſe plaindre raiſonnablement qu'on lui manque de parole, ſoit qu'on en ait reçu, ou non, quelque choſe pour cela.* La raiſon en eſt nonſeulement, que comme le dit très-bien nôtre Auteur, le Légiſlateur, en défendant une telle choſe, ôte le pouvoir de la faire, & par conſéquent auſſi le droit de l'exiger de qui que ce ſoit ; mais encore qu'en matiere de tout ce à quoi l'on s'engage au préjudice de ſon Devoir, il y a lieu de préſumer que l'on ne conſent pas avec une pleine & entiere liberté, ſurtout quand il s'agit d'un Crime énorme, comme ſi l'on promettoit

pouvoir de celui qui s'engage; elle ne s'étend jamais au-delà de ce pouvoir. Or un Légiſlateur, en defendant certaines choſes, ôte le pouvoir de les faire, & par conſéquent auſſi de s'engager à les faire; car il implique contradiction de dire, que l'ou

toit de blaſphemer, ou de commettre un Sacrilége, ou de ſe parjurer, ou d'aſſaſſiner un homme, &c. Lors donc que l'on vient à ſe repentir de l'engagement criminel où l'on eſt entré, ce n'eſt plus une ſimple préſomption, quoique ſuffiſante, c'eſt une marque infaillible que l'on ne penſoit pas bien à ce que l'on faiſoit en promettant de pareilles choſes: & celui à qui on les a promiſes, doit nous en tenir quittes par cette ſeule raiſon, quand il n'y ſeroit pas d'ailleurs obligé par le même principe qui nous porte à refuſer de tenir nôtre parole. Si l'on n'a rien reçu de lui pour ce ſujet, il n'y perd rien, quoiqu'il méritât bien de perdre. Que s'il avoit donné quelque choſe, comme ce n'étoit que ſous condition, & ſous une condition qui eſt cenſée moralement impoſſible, il faut lui rendre ce dont il ne s'étoit pas abſolument dépouillé en nôtre faveur; d'autant plus qu'on ne pourroit le retenir, ſans donner lieu de croire que l'on ne ſe repent pas véritablement, & qu'on ajoûte au crime d'avoir promis, celui de le faire à deſſein d'en profiter pour dupper ſon homme & lui attraper ſon bien. La reſtitution eſt ici ſurtout d'une néceſſité indiſpenſable, lorſque celui qui a donné croit bien faire en ſtipulant une choſe au fond mauvaiſe; comme ſi une perſonne aveuglée par un faux zele avoit fait promettre à quelqu'un de changer de Religion, contre les lumieres de ſa Conſcience. 2. *Si celui que l'on avoit engagé à commettre un Crime, l'a exécuté actuellement, on n'eſt point tenu de payer ce qu'on lui avoit promis.* En effet, ce ſeroit recompenſer le Crime, & porter par-là non ſeulement celui qui a violé la Loi, mais encore les autres, à la violer déſormais par un ſemblable motif. D'autre côté, celui à qui l'on a promis, pouvoit & devoit ſçavoir qu'il comptoit ſur une choſe à quoi perſonne n'eſt cenſé s'engager avec mûre délibération: & s'il prétendoit joüir ſurement du Salaire de ſon Crime, il étoit bien ſot de ſe fier à une ſimple parole. Le ſeul fondement raiſonnable des eſperances de l'accompliſſement d'une Promeſſe, c'eſt la probité du Promettant: Peut-on donc ſe repoſer ſur la bonne foi d'un homme qui exige des choſes contraires à la Probité? Quelque fidelle qu'on l'ait reconnu par le paſſé à tenir ſes engagemens, dès-là qu'il nous ſollicite à commettre une mauvaiſe action, n'a-t-on pas tout lieu de croire qu'il ne fera pas plus de ſcrupule de manquer à ſa parole, que d'exiger ce qu'il ſe propoſe en nous la donnant? On péche ſans doute contre la Charité, en portant quelqu'un à mal faire par la vûë d'une recompenſe: mais puiſqu'il ne tenoit qu'à lui de rejetter la propoſition, & qu'il y étoit même indiſpenſablement obligé, il ne peut pas exiger l'effet de nôtre promeſſe ſous prétexe qu'on lui fait du tort, & qu'on le fruſtre de ſon attente; quoique, quand il voudroit en tirer raiſon comme d'une injure, on n'eût ſoi-même aucun ſujet de ſe plaindre. Comme on doit ſe repentir de l'avoir tenté avec trop de ſuccès, il doit auſſi préſumer que l'on a promis légérement, & qu'on s'eſt laiſſé emporter à la paſſion. Je vois que Mr. Gundling, dans ſon *Jus Nat. & Gentium* (de la 2. Edit. publiée en 1728.) a voulu me refuter ici: & voici tout ce qu'il dit. *J'avouë que ceux qui prodiguent ainſi leurs biens, n'examinent pas tout-à-fait bien ce qui leur eſt véritablement avantageux pour l'avenir, ou ce qui eſt honnête: mais ils ſçavent pourtant ce qu'ils font pour le préſent, quelle eſt la perſonne, par exemple, dont ils recherchent le commerce de galanterie, ce qu'ils donnent, à qui ils donnent, pourquoi ils donnent.* Fort bien. Mais j'en dirai autant, & avec autant de raiſon, d'un *Fou*, qui ne l'eſt pas juſqu'à être Furieux, & qui paroit bien raiſonner ſur beaucoup de choſes. Il pourra connoitre toutes ces circonſtances auſſi-bien, & mieux, qu'un Homme tranſporté d'une Paſſion violente. Il auroit fallu d'ailleurs détruire les autres raiſons que j'allégue ici. Mais ce qu'il y a de particulier, c'eſt que Mr. *Gundling* change l'état de la queſtion. Il me fait dire, que *quand on a promis & DONNE' quelque choſe pour un ſujet deshonnête, l'acte doit être tenu pour nul en lui-même.* Or il eſt clair, que je parle ici du cas où l'on a ſeulement promis; & je décide tout autrement dans le cas où l'on a déja donné, comme on va le voir dans la régle ſuivante, telle qu'elle étoit dans la ſeconde Edition, où j'ajoûtai cette longue Note. 3. *Mais lorſqu'on a actuellement donné quelque choſe à l'occaſion ou en vûë d'un Crime, on ne peut rien redemander à celui qui a reçu.* Car alors le mal eſt fait, il n'y a plus de remede: on ne ſe rend pas plus coupable, en laiſſant ce qu'il n'eſt pas en nôtre pouvoir d'ôter. Tant qu'il n'y a qu'une ſimple promeſſe, la volonté de transferer la choſe promiſe pour un tel ſujet, ne doit je pas être cenſée pleine & entiere. On promet beaucoup plus aiſément qu'on ne donne; & quand on a promis en vûë d'une choſe criminelle, juſques à ce que l'exécution s'enſuive, il y a lieu de préſumer que l'on ſe dédira de cet engagement téméraire. Mais du moment que l'on délivre la choſe convenuë, l'on ſe dépouille abſolument de ſon Droit de Proprieté, & celui à qui on le tranſporte, l'acquiert en même-tems, à titre deshonnête à la verité, mais non pas injuſte par rapport à nous, & qui ne marque pas moins une volonté déterminée du Proprietaire, que s'il s'agiſſoit de quelque choſe d'honnête ou d'indifférent. La validité de l'Alienation, conſiderée en elle-même, ne dépend pas de la nature du ſujet pour lequel on ſe défait d'une choſe en faveur de quelqu'un. Que le motif ſoit louable, ou non, on n'en eſt pas moins maître de ſon bien, & l'on ne peut pas moins en diſpoſer à ſa fantaiſie, que ſi on le transferoit à autrui ſans ſujet ou par pur caprice: tout ce qu'il y a c'eſt qu'on en fait un mauvais uſage, quand on ne le donne pas en vûë de quelque choſe d'honnête, ou du moins d'indifférent. Si un tranſport de Proprieté étoit nul, par cela ſeul qu'il y a quelque choſe de deshonnête dans le ſujet pour lequel on donne, on trouveroit aiſément mille prétextes pour éluder les Contracts les plus légitimes. Un homme, par exemple qui a emprunté de l'argent à un interêt raiſonnable, prétendroit enſuite ſe diſpenſer de payer les interêts, ou redemanderoit ceux qu'il auroit déja payez, ſous prétexte qu'il croiroit, comme font mal-à-propos quelques-uns, que le Prêt à uſure eſt abſolument contraire au Droit Naturel. Mais (dit Mr. Titius, *Obſerv. in Lauterbach.* CCCLIV.) l'un des Contractans perd ici, & l'autre y gagne. Or en vertu dequoi celui-ci a-t-il quelque avantage, puiſqu'ils péchent tous deux? Je répons, en diſant avec nôtre Auteur (§. 9.) que celui qui a donné, croit avoir reçu quelque choſe d'é-

ſoit indiſpenſablement obligé, en vertu d'un engagement autoriſé par les Loix, à faire une choſe que ces mêmes Loix défendent. D'ailleurs, nôtre propre Volonté étant ſoumiſe à l'empire des Loix, ne ſauroit en éluder ni en ſuſpendre la force par ſes

gale valeur. Tant pris, tant payé. Il n'importe qu'au fond il ne lui revienne de cela aucun avantage : il ſuffit qu'il compte pour un véritable gain, le plaiſir qu'il a de ſe ſatisfaire. D'ailleurs, quoique ſi l'on conſidére celui qui a reçu, il ne mérite pas de retenir le ſalaire de ſon crime, l'autre mérite encore moins de recouvrer ce qu'il a donné. Car celui qui paye quelqu'un pour commettre un Crime, eſt ordinairement cenſé, & avec raiſon, plus coupable que celui qui ſe laiſſe corrompre, parcequ'il ſe porte au mal avec plus de délibération ; puiſqu'il va juſqu'à donner du ſien pour faire pécher une perſonne, qui peut-être ſans cela ne ſe ſeroit point déterminée à une pareille action. Pour ôter donc tout droit de répéter ce que l'on a actuellement donné en vûë d'une choſe mauvaiſe de ſa nature, il ſuffit que l'acquiſition ait été faite à-peu-près ſelon les régles des Contracts qui roulent ſur des choſes honnêtes ou innocentes ; c'eſt-à-dire, qu'il n'y ait point eu de fraude ni de violence de la part de celui qui a reçu, & que le prix du crime ne ſoit pas exorbitant. Voyez l'exemple allégué par nôtre Auteur dans le §. 9. Mais, dira-t-on encore, peut-on en conſcience retenir l'infâme ſalaire d'un crime qu'on a commis ? Non ſans doute. Un Juge, par exemple, qui a été corrompu, ne doit pas plus garder la ſomme qu'il a reçuë pour rendre une Sentence injuſte, que celui en faveur de qui il a prononcé ne doit profiter du Jugement. Dès-là que vous ſuppoſez une perſonne qui rentre en ſoi-même, & qui conſulte la Conſcience, la queſtion eſt ſuperfluë : car cette perſonne-là, comme elle ne pourra que ſe repentir, n'aura garde ni de demander ce ſalaire d'iniquité, ni de le retenir, ſi elle l'a dejà reçu. Mais, quoiqu'elle reſtituë alors, il ne s'enſuit pas que l'autre eût aucun droit de l'exiger ; & il s'agit de ſçavoir ſi l'on peut de ſoi-même redemander ce que l'on a donné pour un tel ſujet, ou avoir recours à des voyes de fait pour ſe le faire rendre lorſque l'autre le refuſe. Le cas eſt ſurtout de conſequence entre ceux qui vivent les uns par rapport aux autres dans l'indépendance de l'Etat de Nature ; & il me ſemble qu'alors la repétition n'eſt pas plus juſte par rapport à celui qui a donné, que l'aveu du ſujet pour lequel il a donné ne lui fait honneur. C'eſt là-deſſus qu'il faut fonder la maxime des Juriſconſultes Romains, que quand la Convention eſt deshonnête & par rapport à celui qui donne, & par rapport à celui qui reçoit, le premier ne peut rien redemander, parcequ'en ce cas-là celui qui tient a l'avantage. *Porro autem ſi & dantis & accipientis turpis cauſa ſit, poſſeſſorem potiorem eſſe : & ideo repetionem ceſſare, tametſi ex ſtipulatione ſolutum eſt.* DIGEST. Lib. XII. Tit. V. *De condictione ob turpem vel injuſtam cauſam*, Leg. VIII. Le Droit Romain à la verité ne ſuit pas toûjours ce principe ; puiſque quand il s'agit des Jeux de Hazard, qui étoient défendus & regardez comme deshonnêtes, le Perdant eſt reçu à redemander ſon argent, même au-delà du terme ordinaire de la Preſcription. Mais, comme j'ai fait voir dans mon *Traité du Jeu*, Liv. III. Chap. IX. §. 15. qu'en ce cas-là le Joueur malheureux ne peut point avoir recours lui-même à la Juſtice, pour rattraper ſon argent, parcequ'en ſe mettant au jeu il a tacitement renoncé au bénéfice de la Loi : la même choſe auroit lieu à mon avis, & par la même raiſon, à l'égard de tout autre engagement deshonnête, ſuppoſé que les Loix permiſſent de redemander ce que l'on auroit donné pour un tel ſujet. II. Voilà pour ce qui regarde les choſes mauvaiſes en elles-mêmes, & contraires aux Régles invariables du Droit Naturel. Après cela il ne ſera pas difficile de décider ſur la validité des *Conventions, qui ne ſont illicites que parcequ'elles roulent ſur quelque choſe que les Loix Civiles défendent.* Il faut diſtinguer ſi l'on traite avec un *Etranger*, ou avec un *Concitoyen*. 1. Si c'eſt avec un *Etranger* que l'on a traité au ſujet d'une choſe défendue dans le Païs, cet Etranger *ou ſçait les défenſes, ou ne les ſçait pas.* S'il les ſçait, ou il a recherché l'accord, où il ne l'a pas recherché. *S'il a recherché l'accord, on n'eſt tenu ni d'effectuer la choſe même, ni de le dédommager de ce qu'il peut perdre par-là : on doit ſeulement lui rendre ce qu'il a déja donné.* La raiſon eſt, qu'en ce cas-là il pouvoit & il devoit ſuppoſer que l'on s'eſt engagé légérement, & qu'on a été tenté par les propoſitions avantageuſes qu'il nous faiſoit. Outre que ſouvent on s'expoſe à de groſſes amendes, où à quelque autre peine encore plus fâcheuſe, dont on ne préſume guéres que perſonne veuille bien courir le riſque. *Mais ſi l'on a recherché ſoi-même l'accord, on n'eſt pas tenu à la verité d'executer la choſe même ; il faut néanmoins dédommager celui envers qui l'on s'eſt engagé.* Je dis, qu'on n'eſt pas tenu d'executer la choſe même. Car, quoique les Etrangers ne ſoient point obligez à la rigueur de s'informer de ce qui ſe paſſe hors de chez eux, & qu'ils puiſſent s'accommoder où ils trouvent, ſans avoir égard aux Loix particuliéres de nôtre Etat ; ils doivent cependant avoir l'équité de préſumer, qu'un Citoyen qui ſe dédit d'un engagement où il étoit entré au préjudice de ſon devoir, ne s'étoit pas engagé avec mûre délibération, ou du moins qu'il n'a pas prévu tous les obſtacles qui s'oppoſent à l'exécution de ſa promeſſe. Mais comme par cela même qu'il a recherché l'accord, il a ſemblé paſſer pardeſſus toutes ces conſidérations, il eſt juſte qu'il dédommage d'une maniere ou d'autre celui qui s'étoit fié à lui. *Que ſi l'Etranger ne ſçavoit pas les défenſes, ſoit qu'on ait recherché l'accord ou non, on eſt dans une obligation encore plus indiſpenſable de lui rendre tout ce qu'il peut lui en coûter pour avoir compté ſur nôtre parole.* Et l'on doit s'eſtimer trop heureux, qu'il ne tienne pas à injure le ſilence qu'on a gardé ſur une choſe qui lui auroit peut-être fait prendre d'autres meſures, ſi on la lui avoit déclarée franchement. *Mais ſi les défenſes ne ſont venuës que depuis le marché fait & conclu, on n'eſt tenu alors à aucun dédommagement.* Car en ce cas-là on doit être cenſé n'avoir conſenti que ſous cette condition tacite, qu'il n'y eût point d'obſtacle de la part du Souverain. 2. Lorſque ceux qui traitent enſemble au ſujet d'une choſe défenduë par les Loix, ſont *Citoyens d'un même Etat*, ils ſe rendent à la verité ſujets l'un & l'autre à la peine, parcequ'ils ne peuvent ignorer la Loi : mais auſſi par cela même qu'ils ne l'ignorent pas, ils ſont cenſé traiter enſemble comme s'il n'y avoit point de Loi là-deſſus, & renoncer ſurtout au bénéfice qu'elle peut accorder à l'un des deux. Ainſi, *quoiqu'ils ayent mal fait de s'engager, chacun doit, entant qu'en lui eſt, laiſſer ſubſiſter l'effet de l'engagement, & aucun ne peut le rompre*

actes ſeuls, ou par les engagemens qu'elle s'impoſe elle-même. Ainſi c'eſt pécher que de promettre une choſe illicite, mais c'eſt pécher doublement que de la tenir.

D'où il s'enſuit, qu'il ne faut (3) pas tenir les Promeſſes, dont l'accompliſſement tourneroit au préjudice de celui là-même à qui l'on a promis. Car il eſt défendu, par une maxime generale du Droit Naturel, de faire du mal aux autres le ſçachant & le voyant, quand même ils ſeroient aſſez ſots pour y conſentir.

Il s'enſuit encore de là, que regulierement une action contraire aux Loix eſt nulle par elle-même; (a) quoique ſouvent on la faſſe déclarer telle par le Magiſtrat. Il arrive pourtant quelquefois, que l'on ſe contente d'impoſer quelque amende à ceux qui font certaines choſes défendues par les Loix, à cauſe qu'il paroît plus d'indécence & d'irrégularité dans l'acte même que dans ſes effets, & que ſouvent les inconvéniens qui ſuivroient la reſciſion de l'acte, ſont plus grands que ſi on le laiſſe ſubſiſter en ſon entier (4). C'eſt ainſi qu'*Alcinoüs*, Roi des *Phéaciens*, étant (b) autrefois pris pour arbitre entre les habitans de la *Colchide* & les *Argonautes*, prononça: *Que ſi* Medée *n'avoit point encore couché avec* Jaſon, *il falloit la rendre à ſon Pere: mais que ſi elle avoit couché avec lui, il devoit la garder.*

(a) Voyez *Lex Wiſigoth.* Lib. II. Tit. V. Cap. VII.

(b) *Apollon. Rhod.* Argon. Lib. IV. verſ. 1117. *& ſeqq. Hygin.* Fab. XXIII. *Apollodor.* Bibliot. Lib. I. §. 25. *Edit. T. Gal. Orpheus, in Argonaut.* verſ. 1316. *& ſeqq.*

Les Conventions criminelles n'obligent point, lorſqu'il n'y a encore rien d'exécuté.

§. VII. MAIS pour traiter diſtinctement cette matiere, il faut examiner trois Queſtions principales qui s'y préſentent. 1. On demande donc, *ſi une Convention illicite oblige, lorſque la choſe eſt en ſon entier*, & qu'il n'y a encore rien d'exécuté? Il eſt certain que non, (1) & que l'une & que l'autre des Parties doit alors rompre ſon

*qu'avec le conſentement de l'autre Partie.* Tout ce qu'il y a, c'eſt que, *quand on ne pourroit exécuter la choſe même à quoi l'on s'eſt engagé, ſans ſe cauſer un grand préjudice, celui à qui on l'a promiſe doit ſe contenter de l'equivalent.* Je dis, que chacun doit, entant qu'en lui eſt, laiſſer ſubſiſter l'effet de l'engagement: car, tant qu'il n'y a encore rien d'exécuté de part ni d'autre, il eſt libre à chacun de ſe dédire, tout de même que s'il s'agiſſoit d'une choſe mauvaiſe de ſa nature; parcequ'en ce cas-là on eſt cenſé ne s'être pas bien conſulté, & n'avoir pas agi avec mûre déliberation. Si j'ai promis à quelqu'un, par exemple, d'aller jouer avec lui contre les défenſes de la Loi, je ne ſuis pas plus obligé de me trouver aux rendez-vous, que d'attendre ſur le pré un homme qui m'a appellé à un Duel que j'ai accepté: mais lorſque j'ai actuellement joué & perdu, je ne puis point avoir recours à la Juſtice pour me faire rendre mon argent, ni uſer d'aucune autre voye de contrainte pour le recouvrer; à moins qu'il n'y ait eu quelque tromperie de la part de celui qui m'a gagné. Voyez mon *Traité du Jeu*, Liv. III. Chap. IX. §. 15, 16. Si un Marchand a promis à un autre de lui fournir quelque marchandiſe de contrebande, quand même ils ſeroient convenus du prix, il peut ſe diſpenſer de tenir ce à quoi il ne devoit pas s'engager; & l'autre à qui il manque de parole, doit ſe repentir lui-même de lui avoir fait promettre une choſe comme celle-là, & être bien aiſe qu'elle n'ait pas ſon effet. Mais lorſque l'on a actuellement delivré la marchandiſe, ou qu'on a reçu quelque choſe en vûë de la délivrance que l'on faiſoit eſperer, ni celui à qui on l'a vendue ne ſauroit légitimement ſe diſpenſer de payer le prix convenu, dans le premier cas; ni on ne peut ſoi-même, dans l'autre cas, refuſer de donner la choſe même; à moins que, comme je l'ai dit, il n'y ait pas moyen de le faire ſans ſe cauſer un grand préjudice, ſans encourir, par exemple, une groſſe peine; car alors il ſuffit de rendre ce que l'on a reçu, ou l'équivalent. Avec ces reſtrictions, rien n'empêche qu'un engagement contraire aux Loix purement Civiles ne ſoit valable de Contractant à Contractant. Il y a des Conventions que les Loix défendent, mais qu'elles laiſſent pourtant ſubſiſter lorſqu'elles ont été faites contre leur prohibition: Pourquoi n'y en auroit-il pas qui demeurent valides entre les Parties, quoique la Loi les annulle entant qu'en elle eſt, & que le Magiſtrat ne donne point action en Juſtice à ceux qui voudroient en être relevez, après y avoir conſenti avec une pleine & entiere liberté? Au reſte, depuis cette Note publiée j'ai eu occaſion de développer & défendre mes principes, appliquez à un exemple conſidérable, ſçavoir au *Jeu*. Voyez ma *Lettre*, en réponſe à celle de Mr. DU TREMBLAI, dans le JOURNAL DES SÇAVANS, *Août* 1712. (ou *Octobre, Edit. d'Amſt.*) Et ma *Premiere & derniere Replique* au même Auteur, *Decemb.* 1713. (*Fevr.* & *Mars.* 1714. Edit. d'Amſt.)

(3) Voyez ce que l'on dira, Liv. V. Chap. XII. §. 22. ſur la fin.

(4) Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. V. §. 14. *num.* 5. & §. 16. comme auſſi ce que notre Auteur a dit ci-deſſus des *Loix Imparfaites*, Liv. I. Chap. VI. §. 14.

§. VII. (1) C'eſt la déciſion du Droit Romain. *Generaliter novimus turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti. Veluti ſi quis* homicidium, *vel* ſacrilegium *ſe facturum promittat.* DIGEST. Lib. XLV. Tit. I. *De verbor. obligat.* Leg. XXVI, XXVII. L'Auteur citoit encore ici ces vers d'une Tragédie de SENEQUE, qui portent, qu'il y a quelquefois du crime à tenir ce qu'on a promis.

*Præſtare fateor poſſe me tacitam fidem,*
*Si ſcelere careat: interim ſcelus eſt fides.*
Hercul. Oet. *verſ.* 480, 481.

engagement. (2) Si, par exemple, on a fait marché avec un Aſſaſſin pour l'engager à commettre un meurtre, & que l'Aſſaſſin, ſaiſi d'un remors de conſcience, refuſe de tenir ſa parole, on ne pourra point l'y contraindre. D'autre côté, ſi l'on donne un contre-ordre à l'Aſſaſſin, il ne pourra ni nous obliger à perſiſter dans nôtre réſolution, pour gagner ce qu'on lui avoit promis, ni nous demander ſon ſalaire ſous prétexte qu'il n'a pas tenu à lui qu'il n'ait executé ce criminel engagement. Et même ſi après avoir reçu le contre-ordre il ne laiſſe pas de commettre le meurtre, on n'en ſera point coupable; on pourra ſeulement être condamné à ce que mérite un deſſein formé d'aſſaſſinat, dont on s'eſt enſuite repenti. Grotius dit, (a) que ces ſortes de Promeſſes ſont nulles, parcequ'on les fait pour porter quelqu'un à une mauvaiſe Action.

(a) Liv. II. Chap. XI. §. 9.

Ni même lorſque l'un des Contractans a executé le crime auquel il s'étoit engagé.

§. VIII. 2. On demande enſuite, *ſi lorſque l'un des Contractans a executé une action deshonnête à laquelle il s'étoit engagé, l'autre eſt tenu de payer le ſalaire qu'il lui avoit promis?* Grotius (a) ſoûtient l'affirmative, & il ſe fonde ſur ce que le vice de la Promeſſe, qui conſiſtoit en ce qu'elle étoit un appas au mal, s'évanouït du moment que le crime eſt actuellement commis. Mais je ne ſaurois entrer dans cette penſée. Bien-loin qu'une telle Convention ceſſe d'être deshonnête après l'execution du crime, c'eſt alors, à mon avis, qu'elle eſt pervenue au plus haut comble de turpitude, puiſqu'elle a atteint ſon but. A moins qu'on ne veuille dire, qu'il eſt moins deshonnête de dérober que d'en avoir l'intention; de recevoir la récompenſe d'un Crime, que de l'attendre; de payer cet infâme ſalaire, que le promettre. Certainement ſi une Promeſſe eſt deshonnête, parcequ'elle porte à faire du mal, l'accompliſſement en ſera auſſi deshonnête, parceque c'eſt récompenſe d'un Crime, & un puiſſant attrait pour engager à en commettre de nouveaux. De là vient qu'on regarde comme ayant une tache inhérente, les choſes données pour ſalaire de quelque méchante action, lors même qu'un tiers les a acquiſes à juſte titre; parcequ'elles ſont originairement le fruit du crime. C'eſt ainſi que par la Loi de Dieu (b), il étoit défendu de recevoir dans le Temple aucune offrande de l'argent qui provenoit des Proſtitutions. Et quand (c) *Judas* eût rapporté & jetté dans le Temple les trente pieces d'argent qu'on lui avoit données pour trahir Jesus, les Principaux Sacrificateurs firent ſcrupule de les mettre dans le Tréſor ſacré; *parce*, diſoient-ils, *que c'étoit le prix du ſang*. Chacun ſçait le commun proverbe: (1) *Qu'un troiſiéme héritier ne jouït point des biens mal acquis.* Ainſi je ne ſaurois approuver ce qu'ajoûte Grotius, *qu'avant l'exécution du crime la validité d'une Promeſſe demeure ſuſpenduë, comme quand on a promis des choſes qui ne ſont pas en nôtre pouvoir* pour l'heure; mais qui peuvent & que l'on eſpere même devoir y être un jour: car, tant que cette condition manque la Promeſſe n'a encore aucun effet. *Mais*, ajoûte-t-il, *lorſque le crime eſt une fois commis, la force de l'Obligation commence à ſe déployer; non qu'elle manquât dès le commencement, à conſiderer l'engagement en lui-même*, puiſqu'il y avoit un libre conſentement des Parties; *mais parceque le vice dont il ſe trouvoit accompagnée*, c'eſt-à-dire, l'influence qu'il avoit ſur la production du crime,

(a) *Ubi ſuprà.*

(b) *Deuteronom.* XXIII, 18. *Joſeph. Antiq. Jud.* Lib. IV. Cap. VIII.

(c) *Matth.* XXVII. 6.

(2) Notre Auteur rapportoit, à la fin du paragraphe, ce que dit Philostrate, au ſujet d'*Apollonius de Tyane*, qui ayant promis de mener en un certain endroit, & de laiſſer prendre à des Corſaires, un Vaiſſeau chargé de riches marchandiſes, lui fit prendre une autre route, & ainſi ſe mocqua d'eux. *Lib.* III. Cap. XXIV. pag. 114. *Edit. Lipſ.*

§. VIII (1) Ce Proverbe, comme on voit, ne fait pas directement au but de l'Auteur, puiſqu'il tend à montrer que les biens mal acquis ne proſpérent pas, & qu'ils s'en vont comme ils étoient venus.

*empêchoit & ſuſpendoit l'effet de l'obligation.* Pour moi, il me ſemble que ſi l'on admet ce principe, je veux dire, ſi l'on donne à celui qui a commis un Crime auquel il s'étoit engagé, le droit d'exiger le ſalaire qu'on lui avoit promis pour cela, toutes les défenſes du Droit Naturel, au ſujet des Conventions illicites, ſeront vaines & entierement inutiles. A quoi bon défendre, par exemple, de voler, ſi après que l'on a commis un larcin, on peut innocemment, & en vertu même du Droit Naturel, retenir pardevers ſoi ce que l'on a pris ? D'ailleurs, il eſt faux qu'un Engagement illicite ſoit valide par lui-même dès le commencement, & que la force en demeure ſeulement ſuſpendue juſques à ce qu'il ceſſe d'être un appas au mal. Car, pour rendre une Convention véritablement obligatoire, il ne ſuffit pas qu'il y ait eu un conſentement réciproque des Parties ; il faut encore qu'elle roule ſur des choſes entierement indifférentes, & que l'on puiſſe par conſéquent ou faire, ou ne pas faire, ſelon qu'on le juge à propos. Autrement il ſeroit facile d'éluder & de rénverſer toutes les Loix, en faiſant quelque Convention par laquelle on s'engageât à les violer ; deſorte que par ce moyen le Droit Naturel ſerviroit à ſe détruire lui-même. Je conclus donc, que ſelon les maximes de la Loi Naturelle, ni celui qui a executé un crime, ne peut, en vertu d'un droit proprement ainſi nommé, exiger la récompenſe qu'on lui avoit promiſe pour ce ſujet ; ni l'autre, qui l'avoit promiſe, n'eſt tenu en conſcience de la payer : ou pour dire la choſe en un mot, que le Droit Naturel ne favoriſe pas les Scélérats juſqu'à leur aſſurer le ſalaire de leurs crimes. J'avoue, que ſi un homme eſt maltraité par l'Aſſaſſin à qui il refuſe de payer ce qu'il lui avoit promis pour commettre un meurtre, on ne ſauroit dire raiſonnablement que l'Aſſaſſin lui faſſe par-là aucun tort. Mais il faut remarquer, qu'encore que les Conventions illicites n'obligent point en conſcience, & qu'elles ne donnent pas action en Juſtice, elles ne ſont pourtant pas entierement ſans effet par rapport à ceux qui s'étant portez librement à les faire, refuſent de les tenir. C'eſt-à-dire, qu'elles ôtent tout ſujet légitime de ſe plaindre, ſi l'autre Contractant uſe de violence pour nous forcer à tenir nôtre parole, ou s'il ſe venge de ce qu'on y a manqué. En effet, c'eſt à la verité une Loi Naturelle, qu'il ne faut contraindre perſonne à des choſes auſquelles il n'eſt point obligé ; ni lui faire aucun mal, à cauſe qu'il ne veut pas executer de pareilles choſes. Mais par cela même que l'on ſe porte volontairement à contracter un Engagement deshonnête, on renonce à la protection de cette Loi ; puiſqu'entant qu'en nous eſt on donne à l'autre Contractant le pouvoir d'exiger une choſe qui par elle-même ne lui eſt pas dûë, & que chacun eſt cenſé mériter le mal auquel il a donné occaſion (2) par ſa propre faute. Par exemple, le Droit Naturel défend de violer une Fille. Mais ſi elle ſe laiſſe débaucher, quoiqu'elle perde par-là ſon honneur, qui eſt une choſe irréparable, elle ne peut pas (3) ſe plaindre que le Galant lui ait fait une véritable injure. De même, dans les Etats où les Duels ſont défendus, un homme qui ſe voit appellé à cette ſorte de combat, n'eſt point tenu de ſe porter ſur le pré, quand même il l'auroit promis. Mais s'il vient au rendez-vous, & qu'il ſoit bleſſé, il ne ſauroit légitimement ſe plaindre que ſon Antagoniſte lui ait fait du tort, ni pré-

(2) C'eſt la maxime des Juriſconſultes Romains : *Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, non intelligitur damnum ſentire.* DIGEST. Liv. L. Tit. XVII. §. CCIII.

(3) Il arrive néanmoins ſouvent (remarquoit ici notre Auteur) que cette galanterie même, comme le dit un Poëte, ſert de dot à la Fille, & qu'elle lui gagne un Mari.

——— ——— ——— *Et ipſo.*
*Crimine dotata eſt, demeruitque virum.*
OVID. *Epiſt. Heroid.* VI. 137, 138.

tendre qu'il paye les frais néceſſaires pour ſa guériſon. Grotius allegue ici, en vûë d'établir ſon ſentiment, l'exemple de *Juda*, qui s'empreſſa (d) d'envoyer à *Thamar* ſa Belle-fille, qu'il avoit méconnue & priſe pour une Femme publique, le ſalaire dont il étoit convenu avec elle. Mais (e) Selden répond, que c'eſt parce qu'avant la Loi de *Moïſe* on croyoit qu'il étoit permis à une Fille ou Femme non-mariée, de ſe proſtituer ou ſans interêt, ou pour de l'argent, à un homme qui ne la vouloit point épouſer; & qu'ainſi l'on pouvoit contracter un engagement valide par une Convention de cette nature, comme roulant ſur une choſe permiſe du moins par les Loix Civiles. On remarque même, que bien des gens ſe font ici un point d'honneur, & je ne ſçai quel fantôme de generoſité, de ne pas recevoir des faveurs d'une Belle ſans les payer. Peut-être auſſi que (4) *Juda* ne s'empreſſoit ſi fort de donner à *Thamar* ce qu'il lui avoit promis, que pour ravoir le gage qu'elle tenoit. Il y a encore ici une autre Objection, tirée d'une Loi du Droit Romain. (5) *On ne peut point répeter*, diſent les Juriſconſultes, *ce que l'on a donné à une Courtiſane. La raiſon en eſt, non pas que l'une & l'autre des Parties commet une choſe deshonnête; mais au contraire, que dans le cas dont il s'agit, ce qu'il y a de deshonnête eſt ſeulement du côté de celui qui donne: car il eſt bien deshonnête de faire le métier de Courtiſane; mais il n'eſt pas deshonnête à une Courtiſane de prendre ce qu'on lui donne.* Pour entendre ces paroles, il faut ſçavoir, que les Honnêtes-gens, parmi les *Romains*, regardoient à la verité comme très-infâme la profeſſion de Courtiſane; quoique les Femmes qui l'exerçoient ne fuſſent point punies par les Loix, & que même elles allaſſent déclarer leur nom & leur métier devant un Magiſtrat. Mais lorſqu'une Femme avoit une fois pris ce parti, ce n'étoit pas pour elle un nouveau deshonneur que de ſe faire (f) bien payer, & de n'admettre perſonne qu'à ce prix-là. Un exemple fera mieux concevoir la choſe. C'eſt donc comme ſi je diſois: Il ne ſied pas bien à un homme de bonne maiſon, d'exercer le métier de Bourreau; mais quand il s'eſt une fois mis au-deſſus de la honte attachée à cette profeſſion, ce n'eſt pas pour lui un deshonneur de prendre de l'argent comme un ſalaire des executions qu'il fait. On pourroit même dire ſans tant de détours, que la profeſſion de Courtiſane étant tolerée à *Rome*, les Conventions qui y avoient du rapport étoient auſſi tenuës pour valides devant les Tribunaux Romains. Remarquons encore avant que de finir cette Queſtion, que ſi, du conſentement d'une perſonne, l'on a commis un crime dont il lui revienne de l'avantage, elle ne (6) ſauroit légitimement nous en blâmer, ou ſe fâcher contre nous. Il arrive néanmoins ſouvent, ſurtout chez les

(d) *Geneſ.* XXXVIII. 20. & ſuiv.

(e) *Seden. de Jur. Nat. & Gent. ſec. Hebr.* Lib. V. Cap. IV.

(f) Voyez *Tibull.* Lib. II. Elog. IV. 14. & un paſſage d'*Ovide*, *Amor.* Lib. I. Eleg. X. verſ. 29. *& ſeqq.* que notre Auteur citoit plus bas.

(4) Apparemment il craignoit, & avec raiſon, que ſi ce gage venoit à la connoiſſance du monde, ſon avanture ne fût bien-tôt divulguée, & ne l'expoſât à la riſée des Habitans. Et c'eſt pour cela qu'il n'alla pas lui-même trouver *Thamar*, comme l'a remarqué Mr. Le Clerc.

(5) *Sed quod Meretrici datur, reperi non poteſt: ut* Labeo *&* Marcellus *ſcribunt. Sed nova ratione, non ea, quod utriuſque turpitudo verſatur, ſed ſolius dantis: illam enim turpiter facere, quòd ſit Meretrix; non turpiter accipere, cùm ſit Meretrix.* Digest. Lib. XII. Tit. V. *De condictione ob turpem vel injuſtam cauſam*, Leg. IV. §. 3. Voyez là-deſſus Didier Herauld, *Obſervat.* Cap. XXXI. XXXII. & ce que dit Mr. Otto, dans ſa *Préface* ſur le II. Tome du *Theſaurus Juris*, pag. 20.

(6) C'eſt ainſi que *Médée* dit à *Jaſon*, dans Ovide, *Epiſt. Heroid.* XII. 131, 132.

*Ut culpent alii, tibi me laudare neceſſe eſt:*
*Pro quo ſum toties eſſe coacta nocens.*

» Que les autres me blâment tant qu'ils voudront; » pour vous vous ne pouvez vous diſpenſer de me » loüer, puiſque c'eſt pour vous que j'ai été tant de » fois réduite à faire du mal ». Voyez auſſi *Metam.* VIII. 130, 131. & Senec. in *Medea*, verſ. 500, 503.

*——— ——— ——— Cui prodeſt ſcelus,*
*Is facit ——— ——— ———*
*Tibi innocens ſit, quiſquis eſt pro te nocens.*

Toutes citations de l'Auteur.

Princes, qu'après avoir profité d'un crime d'autrui ils ne laiſſent pas de le punir, de-peur que l'impunité ne fût d'un exemple contagieux, qui pourroit aiſément tourner dans la ſuite à leur propre préjudice. C'eſt ainſi qu'autrefois un (g) Eſclave ayant découvert *Sulpitius* ſon Maître, qui avoit été déclaré par le Sénat, ennemi du Peuple Romain, les Conſuls lui donnerent la Liberté à cauſe qu'il avoit découvert un Ennemi public: mais enſuite, parcequ'il avoit trahi ſon Maître, ils le firent précipiter du haut d'un Rocher.

(g) *Paul Oroſ.* Lib. V. C. XVIII. Voyez auſſi *Zonar.* Tome III. in *Theophil.* ab init.

Si l'on peut répéter ce que l'on avoit donné pour une choſe illicite, ou qui étoit dûe d'ailleurs gratuitement?

§. IX. 3. On demande enfin, *ſi l'on peut ſe faire rendre ce que l'on avoit donné pour une choſe illicite?* Je répons, que le Droit Naturel ne fournit rien qui autoriſe cette prétenſion, à moins qu'il n'y ait eu de la fraude & de la mauvaiſe foi de la part de celui qui a reçu, ou qu'il n'en revienne à l'autre un dommage exorbitant (1). Car c'eſt du plein conſentement du Proprietaire que la choſe donnée a été remiſe entre les mains de l'autre Contractant, avec intention de lui en transferer la proprieté, & comme un ſalaire qui lui étoit dû pour une action qu'il avoit taxée à ce prix-là. Or on n'eſt pas en droit de rien redemander, lors même que l'on a donné gratuitement: à plus forte raiſon lorſque l'on a reçu quelque choſe pour ce que l'on a donné. Et il n'importe qu'en ces ſortes de cas l'acquiſition ſe faſſe à titre injuſte, & d'une maniere ou par un moyen contraire aux Loix. Celui qui redemande ce qu'il a donné, ne ſauroit ſe prévaloir de cette raiſon: car il s'eſt porté volontairement à faire marché, & il croit avoir reçu quelque choſe d'égale valeur. En vertu dequoi prétendroit-il donc ravoir ſon argent, ſous prétexte qu'il l'a donné pour un crime dont il eſt lui-même coupable? Il eſt vrai qu'à cauſe du moyen illégitime par lequel on a acquis une pareille choſe, le Souverain peut en forme de punition, ou l'ôter à celui qui l'a reçue, ou la faire rendre à celui qui l'avoit donnée. Et même, comme ceux qui ſont aſſociez dans un commerce ou dans un mêtier criminel, ne laiſſent pas d'obſerver entr'eux quelque eſpece de Juſtice, & de ſuivre en quelque maniere les Régles des Conventions légitimes; ſi une Courtiſane adroite eſt venue à bout d'attrapper une groſſe ſomme d'argent à un Jeune Homme étourdi, il pourra, à mon avis, ſe la faire rendre.

Au reſte, comme il eſt injuſte de ne vouloir s'acquitter que moyennant quelque ſalaire, de ce que l'on étoit obligé de faire gratuitement, on demande encore, ſi l'on peut repeter une choſe que l'on a promiſe & donnée en vûë d'une autre qui nous étoit dûë ſans cela? Il y a des gens qui diſent généralement & ſans reſtriction, (a) que ces ſortes de Promeſſes ſont valides par le Droit Naturel, ſelon lequel celles qui ont été faites même ſans cauſe, ne laiſſent pas de ſubſiſter dans toute leur force: mais que ſi l'on a extorqué la Promeſſe, on doit réparer le dommage cauſé par cette violence. Pour moi, il me ſemble qu'il vaut mieux diſtinguer, ſi l'Obligation en vertu de laquelle on devoit la choſe dont il s'agit, eſt parfaite, ou imparfaite. Si elle n'étoit qu'imparfaite, il faut néceſſairement tenir ce qu'on a promis, & je ne vois pas de quel droit on prétendroit ſe le faire rendre. Par exemple, la Loi de l'Humanité ordonne de remettre dans le chemin une perſonne qui s'égare: cependant ſi l'on a traité avec quelqu'un pour un ſervice comme celui-là, qui ne coûte rien, il peut exiger ce qu'on lui a promis; & lorſqu'on l'a payé, on n'eſt pas en droit de lui rien redemander: à moins que par fineſſe & par des erreurs paniques, il ne nous ait

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XI. §. 10.

§. IX. (1) Voyez ce que j'ai dit ſur toute cette matiere dans la grande *Note ſur* le §. 6. & ci-deſſous, Liv. IV. Chap. XIII. §. 16.

forcé à promettre une ſomme exorbitante. Les Promeſſes faites en vûë de porter quelqu'un à s'acquitter mieux & plus gayement de ſon devoir, ſont auſſi valables: car on les regarde comme ayant pour principe un mouvement volontaire de Liberalité. Mais lorſqu'il s'agit d'une (2) choſe déja dûe en vertu d'une Obligation parfaite, & que celui de qui on exige, ne veut s'en acquitter qu'à la charge qu'on lui en promette un autre; il faut, à mon avis, porter le même jugement d'une pareille Promeſſe, que de celles qui ont été extorquées par artifice, ou par violence. C'eſt-à-dire, que ſi dans l'indépendance de l'Etat de Nature, on refuſe de rendre à quelqu'un ce qu'on lui doit, on donne lieu de penſer qu'on le fait parcequ'on ne le croit pas aſſez fort pour nous y contraindre. Ainſi du moment qu'on ne veut pas affectuer une Convention légitime, ſans y ajoûter quelque nouvelle condition, l'autre Contractant a un juſte ſujet de nous déclarer la Guerre. Que ſi ſes affaires ne le lui permettent pas pour l'heure, & qu'il ſoit réduit à en paſſer par où l'on veut, (3) il ne laiſſe pas d'avoir droit dans la ſuite de demander réparation de ce dommage, à moins que de ſon bon gré il ne nous en tienne quittes. Autre choſe eſt, lorſqu'ayant en main dequoi faire voir qu'il y a une lézion exceſſive à nôtre deſavantage dans la premiere Convention, on prétend qu'elle ſoit redreſſée. Mais dans un Etat il eſt aiſé de contraindre par la voye de la Juſtice, ceux qui ne veulent pas tenir leurs engagemens ſans nous impoſer de nouvelles conditions.

Les Promeſſes de *ce qui appartient à autrui*, ſont nulles.

§. X. Le *bien & les actions d'autrui* n'étant pas en notre diſpoſition, ſont par conſéquent des choſes à l'égard deſquelles on n'a pas non-plus un pouvoir Moral de faire ou de s'engager à faire quoique ce ſoit (1). D'où il s'enſuit, que l'on ne peut rien promettre là-deſſus; enſorte que celui à qui l'on s'engage acquiert quelque droit ſur le bien ou les actions d'une perſonne qui n'a aucune part à l'engagement. Sur ce principe, les Juriſconſultes Romains (2) diſent, que *ſi l'on promet ſimplement qu'un tiers fera ou donnera telle ou telle choſe, on ne s'engage point par-là*, & l'on (3) ne met

(2) Comme quand un Juge ne veut pas prononcer en faveur d'une Partie dont il reconnoît la cauſe juſte, ſi on ne lui donne quelque choſe. Notre Auteur citoit, à la fin du paragraphe, un paſſage de LIBANIUS, *Orat.* V. qui porte en ſubſtance, que le Juge ne faiſant que ſon devoir, on ne lui doit rien, pas même de la reconnoiſſance. Il renvoyoit encore là à ce que les Interprêtes du Droit Romain diſent ſur cette matiere, en expliquant le Titre *De Condictione ob turpem vel injuſtam cauſam*; & qui ſe réduit à cette diſtinction. Ou la turpitude eſt uniquement de la part de celui qui reçoit, ou ſeulement de la part de celui qui donne, ou également des deux côtez. Dans le premier cas on a droit de repétition; mais non pas dans les deux derniers. Un exemple du premier cas eſt, ſi l'on a donné quelque choſe pour ne pas commettre un Sacrilege, un Larcin, un Meurtre. Voyez un exemple du ſecond cas dans le paragraphe précedent, *Note* 5. On rapporte au dernier cas, celui du Juge dont je viens de parler, & on décide ainſi tout autrement que Notre Auteur ne fait, & que ne faiſoient même d'autres Juriſconſultes. La raiſon ſur quoi ſe fondoient ceux dont l'opinion prévalut, c'eſt que la Partie, qui donne quelque choſe au Juge pour l'engager à faire ſon devoir, eſt cenſée vouloir le corrompre, & par conſéquent pécher elle-même. Car (dit là-deſſus Mr. NOODT, *Comm.* pag. 297.) quelque convaincuë qu'elle paroiſſe de la juſtice de ſa cauſe, elle peut ſe tromper, ou vouloir tromper le Juge; c'eſt-à-dire, l'entrainer dans ſon ſentiment ſans autre examen; ce qui eſt d'un mauvais exemple. *Sed ſi dedi*, ut ſecundum me in bonâ cauſſâ Judex pronuntiaret, *eſt quidem relatum, condictioni locum eſſe: ſed hic quoque crimen contrahit; Judicem enim corrumpere videtur.* DIGEST. Lib. XII. Tit. V. Leg. II. §. 2. Sur ce pied-là, on peut aiſément concilier les deux opinions.

(3) Mr. HERTIUS prétend que non, & ſa raiſon eſt que par cela même qu'on acquieſce à un nouveau traité, quelque dures qu'en ſoient les conditions, on ſe dépouille de ſon droit. Et ſi une telle Convention, ajoûte-t-il, faite après la Guerre, eſt valide, pourquoi ne le ſera-t-elle pas lorſqu'on s'y réſout pour éviter la Guerre? Mais voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. VIII. §. 1.

§. X. (1) Ajoûtez les choſes dont on ne peut pas diſpoſer, quoique d'ailleurs elles nous appartiennent véritablement. Voyez ce que j'ai dit dans mon *Traité du Jeu*, Liv. II. Chap. IV. §. 4. *& ſuiv.*

(2) *Si quis alium daturum, facturumve quid promiſerit, non obligabitur: veluti ſi ſpondeat, Titium quinque aureos daturum.* INSTITUT. *Lib.* III. *Tit.* XIX. *De inutilibus ſtipulation.* §. 3. Voyez CUJAS, Obſ. XII, 36.

(3) *Quæcumque gerimus, cùm ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumant, inanem actum efficiunt: & ideo neque ſtipulari,* neque

met non-plus dans aucune Obligation celui au ſujet duquel on a promis. Cela eſt vrai ſans contredit, à prendre les termes au pié de la lettre. Cependant comme il ne paroît pas raiſonnable qu'un acte où l'on donne lieu de croire que l'on agit ſérieuſement, demeure ſans effet, rien n'empêche qu'on n'explique ainſi une telle Promeſſe: *Que le Promettant fera enſorte que le tiers donne ou faſſe la choſe dont il eſt queſtion* (4). Que ſi la Promeſſe eſt conçue formellement en ces termes, alors on ne doit rien négliger de tout ce qui eſt moralement poſſible pour porter le tiers à dégager notre parole. Je dis, *de tout ce qui eſt moralement poſſible;* c'eſt-à-dire, autant que l'autre Partie peut l'exiger de nous honnêtement, & autant que le permet la conſtitution de la Vie Civile. Deſorte, que ſi après avoir fait tout ce qui dépendoit de nous, il n'y a pas eu moyen de rien obtenir du (5) tiers, on ne ſera point tenu aux dommages & intérêts envers l'autre Contractant; à moins qu'on ne s'y ſoit expreſſément engagé, ou que la nature même de (6) l'affaire ne donne lieu de le ſuppoſer. Mais ſi l'on a promis de donner une certaine choſe, au cas que le tiers n'exécutât pas ce que l'on faiſoit eſpérer de ſa part, il eſt clair que, le tiers y manquant, on doit exécuter la promeſſe, comme ayant alors ſon effet par le défaut de l'évenement qui devoit en diſpenſer. C'eſt à-peu-près par ce principe qu'il faut expliquer une Loi du Droit Romain, qui porte, que (7) *ſi un Teſtateur a ſçu que la choſe qu'il léguoit n'étoit pas à lui, l'Heritier ſera tenu d'acheter cette choſe du Proprietaire, & de la donner au Légataire; que s'il n'a pû ou qu'il n'ait pas voulu l'acheter, il doit lui en payer la valeur.* Il eſt certain d'ailleurs, qu'aucune Promeſſe n'oblige un tiers de la part duquel on fait eſperer quelque choſe ſans ſon conſentement, ni ne donne droit à l'autre Partie de s'en prendre à lui immédiatement. Mais il faut remarquer que l'on

*neque emere, vendere, contrahere, ut alter ſuo nomine rectè agat, poſſumus.* DIGEST. *De Obligat. & action.* Lib. XLIV. Tit. VII. Leg. XI. *Certiſſimum enim eſt, ex alterius contractu neminem obligari.* COD. Lib. IV. Tit. XII. *Ne uxor pro marito*, &c. Leg. III.

(4) En ce cas-là les Juriſconſultes Romains eux-mêmes prétendent que la Promeſſe oblige. *Quod ſi effecturum ſe, ut Titius daret, ſpoponderit: obligatur.* Inſtitut. *ubi ſuprà.* Voyez la Diſſertation de Mr. HERTIUS, *de obligatione alium daturum facturumve*, dans le III. Tome de ſes *Commentationes & Opuſcula*, imprimez en 1700.

(5) Notre Auteur rapportoit un peu plus bas la réflexion de TITE LIVE au ſujet d'un Dictateur Romain: *Itaque, velut perſoluta fide, quoniam per eum* [M. Valerium Voleſi Fil.] *non ſtetiſſet quin præſtaretur, diſcedentem domum cum favore ac laudibus proſecuti ſunt.* Lib. II. Cap. XXXI. in fin. Voyez GROTIUS, Livre II. Chap. XI. §. 22. & Livre III. Chap. XXI. §. 30.

(6) Cela a lieu dans les Engagemens intéreſſez de part & d'autre; mais non pas dans ceux qui ſont un pur effet de la libéralité de l'une des Parties. Voyez les exemples que Mr. HERTIUS allégue dans la Diſſertation que je viens de citer, *Sect.* I. §. 8. *& ſeqq.*

(7) *Non ſolum autem teſtatoris vel heredis res, ſed etiam aliena legari poteſt: ita ut heres cogatur redimere eam, & præſtare; vel ſi eam non poteſt redimere, æſtimationem ejus dare.... Quod ita intelligendum eſt, ſi defunctus ſciebat alienam rem eſſe, non ſi ignorabat.* INSTITUT. *Lib.* II. Tit. XX. *De Legatis*, §. 4. *Idemque juris eſt, & ſi potuiſſes emere, non emeres.* DIGEST. Lib. XXXII. Leg. XXX. §. 6. Il n'y avoit pas certainement d'autre moyen de donner à ces ſortes de Legs une interprétation raiſonnable. Je ſoupçonne même, qu'elle a été faite originairement contre l'intention du Teſtateur. Une perſonne ſenſée ne s'aviſera pas de leguer une choſe qu'elle ſçait bien ne lui pas appartenir, ſans ajoûter en même tems quelque clauſe qui donne à entendre comment on pourra & l'on devra ſatisfaire à ſa volonté. Il y a grande apparence, que les premiers qui firent de tels Legs, voulurent ſe mocquer de celui à qui ils les faiſoient, en lui donnant des choſes dont ils n'avoient aucun droit de diſpoſer. Les Juriſconſultes ne voulurent point autoriſer une mocquerie ſi mal placée. Pour en épargner l'affront au Légataire, qui ne le méritoit pas, ils ſuppoſerent le Teſtateur plus ſage qu'il n'étoit effectivement. C'eſt ſur le même principe, qu'ils tinrent pour non-écrites les conditions impoſſibles, ou deshonnêtes. Voyez le Chap. ſuivant, §. 5. Mais ils auroient dû, pour une autre raiſon, ne pas regarder le Legs comme nul, lorſque le Teſtateur croyoit de bonne foi que la choſe leguée étoit à lui. Peut-être (diſent-ils) que s'il avoit ſçu qu'elle appartenoit à autrui, il ne l'auroit pas leguée: *Forſitan enim ſi ſciſſet alienam rem eſſe, non legaſſet.* Fort bien; il n'auroit pas alors legué la choſe même dont il ne pouvoit diſpoſer. Mais pourquoi n'en auroit-il pas legué une autre ſemblable de ſon propre bien, ou du moins l'équivalent? Cette préſomption eſt la plus conforme au deſſein qu'a le Teſtateur de donner au Légataire des marques réelles de ſa bonne volonté; & par conſéquent, à ſuivre les régles d'une droite interprétation, il auroit fallu l'admettre juſques à ce qu'on eût prouvé le contraire; ce qui, à mon avis, arriveroit très-rarement.

ne regarde pas comme des Promeſſes de ce qui appartient à autrui, (8) celles où l'on s'engage à quelque choſe au ſujet des biens ou des actions d'une perſonne ſur qui l'on a autorité, pourvû que l'engagement ne s'étende pas au-delà des bornes du droit que cette ſupériorité donne. Car on peut promettre valablement en ce cas-là, tout de même que s'il s'agiſſoit de notre propre bien & de nos propres actions; enſorte que non ſeulement on eſt garant de ce que l'on a promis, mais que l'Inférieur même, du fait duquel on a répondu, eſt tenu, comme tel, de dégager notre parole, auſſitôt qu'il a eu connoiſſance de la volonté par laquelle on l'y a aſſujetti. L'ordre veut néanmoins que l'on s'adreſſe d'abord au principal Promettant, afin qu'il oblige l'autre, qui eſt ſous ſa dépendance, à exécuter la Promeſſe; & ſi celui-ci le refuſe opiniâtrement, il ne faut pas même alors s'en prendre immédiatement à lui, mais au Supérieur; à moins que le Supérieur ne nous transfere tout le droit qu'il a ſur l'autre.

On ne peut pas promettre validement *ce qui eſt déja engagé à quelqu'autre.*

§. XI. Enfin, *lorſqu'une perſonne a acquis quelque droit ſur notre bien ou ſur quelqu'une de nos actions, on ne peut rien promettre là-deſſus validement à un tiers;* ſi ce n'eſt au cas (1) que l'autre renonce à ſes prétentions. En effet, du moment que l'on s'eſt une fois dépouillé de ſon droit en faveur de quelqu'un, par une Promeſſe ou par une Convention, il ne reſte plus rien que l'on puiſſe légitimement transférer à un autre, en matiere de la choſe dont il s'agit. Autrement il n'y auroit point d'engagement qu'il ne fût très-facile d'éluder, s'il étoit permis d'en contracter un autre qui le détruisît, ou qui fût tel qu'on ne pût les accomplir tous deux en même tems. Quand cela arrive, le dernier Engagement eſt ſans contredit annullé par le premier; ou pour parler plus exactement, l'incompatibilité de l'un avec l'autre montre aſſez que l'Engagement poſterieur ne ſçauroit être d'aucun effet. Ainſi toutes les Conventions que les Sujets font ou entr'eux, ou avec d'autres, au préjudice de la fidelité qu'ils doivent à leurs légitimes Souverains, ſont entierement nulles. Voici ce que dit là-deſſus un Hiſtorien (a) François: *Celui qui naît Sujet d'un Roi, doit avant toutes choſes être fidéle à ſon Prince; deſorte que ſi quelqu'autre veut s'emparer de ſa fidélité, il ſe rend coupable d'une eſpece de larcin. Et il ne faut pas tenir une Promeſſe faite*

(a) *Gramond*, Hiſt. Gall. Lib. V. pag. 297. *Edit. Elzevir.*

(8) Il y a encore ici une exception à faire, c'eſt lorſqu'on s'eſt engagé pour la garde, par exemple, ou l'entretien des choſes qui appartiennent à une perſonne abſente des affaires de qui l'on s'eſt chargé ſans ſon ordre, mais pour lui faire plaiſir; car alors il y a tout lieu de preſumer que le Proprietaire conſent à ce que l'on fait comme en ſon nom, & ainſi on ne donne aucune atteinte à ſes droits.

§. XI. (1) L'Auteur dans ſon Abregé *des Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. IX. §. 19. s'exprime d'une maniere plus generale: *Si ce n'eſt*, dit-il, *au cas que l'autre vienne à n'y avoir plus de droit*, (*niſi forte in eum caſum quo alterius jus expiraverit*) & j'ai fait entrer l'une & l'autre de ces expreſſions dans ma traduction de ce petit Ouvrage. Mr. Thomasius, dans ſes *Inſtit. Juriſpr. Divin.* Lib. II. Cap. VII. §. 95, 96, 97. ajoûte cette reſtriction, au ſujet des paroles que je viens de rapporter, *à moins que celui qui promet ne puiſſe honnêtement ſouhaiter que le cas arrive.* Ainſi un Valet peut bien s'engager validement à ſervir un autre Maître, lorſque le tems pendant lequel il doit ſervir celui aux gages duquel il eſt pour l'heure, ſera expiré; & un Proprietaire, promettre de loüer, quelque appartement de ſa Maiſon à un autre Locataire, quand celui qui l'occupe actuellement aura fini ſon terme. Mais c'eſt une promeſſe deshonnête, & nulle par conſéquent, de s'engager à paſſer ſous la domination d'un autre Etat, au cas que celui dont on eſt Membre vienne à être ruïné par une Guerre Civile, ou détruit de quelque autre maniere. Par le Droit Romain, on ne pouvoit pas promettre validement de donner à quelqu'un une perſonne libre, ſuppoſé qu'elle devint Eſclave; ni une choſe publique, au cas qu'elle nous appartint un jour en particulier. *Nec in pendenti erit ſtipulatio, ob id, quod publica res in privatum deduci, & ex libero ſervus fieri poteſt. . . . ſed protinus inutilis eſt.* Inſtit. Lib. III. Tit. XX. *De inutil. ſtipul.* §. 2. Et ce n'eſt pas ſans raiſon, ajoûte Mr. *Thomaſius*, que les Princes Chrétiens déclarent nulle une promeſſe de Mariage faite par une perſonne mariée au cas que celui ou celle avec qui elle eſt liée, vienne à mourir; & de-plus condamnent à une peine les deux Parties entre leſquelles une telle promeſſe a été faite. Le même Auteur a dit néanmoins depuis dans ſes *Fundamenta Jur. N. & Gentium*, pag. 222. *Edit. quart.* & dans ſes *Notes* ſur Huber, *de Jure Civit.* pag. 515. que la peine infligée en ce cas-là lui paroît fort dure, & qu'elle ſent les principes du *Papiſme* ſur le Sacrement du Mariage. Mais Grotius croit qu'une telle promeſſe eſt naturellement valide, *Liv.* II. *Chap.* XI. §. 8. num. 5. où l'on peut voir ce que j'ai dit.

*contre les Loix, ou contre les droits de la Couronne. Quiconque ſ'eſt engagé contre ſon Prince, eſt quitte de ſon engagement.* C'eſt le fondement de la maxime commune : (2) *Le premier en datte a le meilleur droit :* Non que le tems en lui-même confere aucun droit ; mais parceque celui qui eſt premier en datte a déja acquis un droit ſur la choſe dont il ſ'agit ; ce qui fait que le dernier ne peut rien prétendre à cette même choſe. De là vient auſſi qu'un Eſclave ne ſçauroit promettre légitimement & validement de ſervir quelqu'autre que ſon Maître, à qui ſon ſervice appartient (3). Que ſi l'on trompe quelqu'un, en lui promettant une choſe qui n'eſt pas à nous, ou qui eſt déja hypothéquée ou engagée à un autre, on ſera tenu envers lui des dommages & intérêts ; & ſouvent même on ſe rend par-là coupable du crime de *Stellionat* (4).

---

# CHAPITRE VIII.

## *Des* Conditions *& autres* Clauses *ajoûtées aux Engagemens.*

L'on s'engage ou *abſolument*, ou *ſous quelque condition.*

§. I. Il y a des *Engagemens abſolus*, & des *Engagemens conditionnels ;* c'eſt-à-dire, que celui qui ſ'engage à une choſe, le fait ou abſolument & ſans reſerve, ou ſous certaines conditions (1). Nous avons aſſez parlé de la premiere ſorte d'Engagemens ; il faut maintenant dire un mot de l'autre, avant que de finir cette matiere.

Ce que c'eſt qu'une *Condition.*

§. II. Les Conditions ſont des (1) *clauſes ajoûtées à la ſtipulation des actes*

(2) Voyez les *Parœmiæ Jur. Germanici* de Mr. Hertius, Lib. I. Cap. XLIX. & L. Il remarque auſſi dans une Note ſur cet endroit de nôtre Texte, que la maxime a lieu ſurtout dans les *Hypothéques*, qui même par le Droit Romain, ſe contractent par une ſimple convention : mais qu'en matiere des autres ſortes d'engagemens, elle n'eſt pas toûjours vraye ; ſur quoi il allegue l'exemple d'une choſe venduë à deux Acheteurs, & délivrée au dernier. Voyez là-deſſus ce que j'ai dit ſur Grotius, Liv. II. Chap. XII. §. 15. *Note* 6.

(3) Nôtre Auteur remarquoit ici, que ſelon les Loix Romaines un Eſclave ne pouvoit ſ'obliger, même envers ſon Maître, excepté l'engagement général où il étoit entant qu'Eſclave. *Sed Servus quidem non ſolum Domino ſuo obligari non poteſt, ſed ne quidem ulli alii.* Instit. Lib. III. Tit. XX. *De inutil. Stip.* §. 6. Cela vient, ajoûte-t-il, de ce que le Maître avoit droit ſur tous les biens & ſur toutes les actions utiles, ou ſur le travail & le ſervice de ſon Eſclave, par cela même qu'il étoit ſon Eſclave. Mais il ſ'agit là d'une *Obligation civile :* car les Juriſconſultes reconnoiſſent une *Obligation naturelle*, qui déployoit ſes effets en certains cas.

(4) On appelle ainſi dans le Droit Romain les fourberies & les tromperies qui n'ont point de nom propre ; mais ſurtout celle dont parle ici notre Auteur, comme auſſi lorſqu'on donne en gage quelque choſe qui appartient à autrui, ou une choſe pour une autre de plus grand prix ; par exemple, du Cuivre doré pour du Vermeil doré. Voyez Digest. Lib. XLVII. Tit. XX. *Stellionatus* ; & Daumat, *Loix Civiles*, &c. I. Part. Liv. I. Tit. XVIII. Sect. III.

Chap. VIII. §. I. (1) Les Juriſconſultes Romains ajoûtent ici, en traitant des *Stipulations*, la détermination du *tems* & du *lieu* de l'exécution ; & nôtre Auteur lui-même parle plus bas de ces deux dernieres clauſes. *Omnis ſtipulatio aut purè, aut in diem, aut ſub conditione fit. . . . Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent. . . . Purè, veluti,* Quinque aureos dare spondes ? *Idque confeſtim peti poteſt.* Institut. *Lib.* III. Tit. XVI. §. 2. & 5.

§. II. (1) *Sub conditione ſtipulatio fit, cùm in aliquem caſum differtur obligatio : ut ſi aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur ſtipulatio, veluti,* si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes ! Institut. *ubi ſuprà*, §. 4. Mr. Hertius remarque ici, qu'il faut diſtinguer des *Conditions* proprement ainſi dites, ce que les Juriſconſultes appellent *modus*, & que nous exprimons auſſi en nôtre langue par le mot de *condition.* Par exemple, j'ai une Terre engagée ; je la vends à condition que je la dégagerai en un tel tems. En ce cas-là le Droit Romain veut que l'Acheteur ait action en Juſtice contre le Vendeur, pour le contraindre à dégager la Terre dans le tems convenu, & à l'en mettre en poſſeſſion. *Nam ſi id actum eſt*, ut omni modo intra Kalendas Julias venditor fundum liberaret, *ex exempto erit actio, ut liberet : nec ſub conditione emptio facta intelligetur, veluti ſi hoc modo emptor interrogaverit*, erit mihi fundus emptus, ita ut eum intra Kalendas Julias liberes ; *vel ita*, ut eum intra Kalendas à Titio redimas. *Si vero ſub conditione facta emptio eſt, non poterit agi ut conditio impleatur.* Digest. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda empt.* &c. Leg. XLI. *init.* Ainſi une telle clauſe ne ſuſpend pas l'obligation, & ne l'annulle pas non-plus lorſque ce qu'elle porte vient à manquer : elle fait ſeulement qu'on ne peut exiger l'effet de l'engagement avant qu'elle puiſſe avoir lieu ; & ſi l'effet ne ſuit point, elle donne droit

*qui doivent produire quelque Droit ou quelque Obligation, & par leſquelles on attache l'effet & la validité de ces actes à quelque évenement qui eſt ou purement fortuit, ou dépendant de la Volonté Humaine.* (2) Ainſi l'idée d'une *Condition* renferme deux choſes; la premiere eſt, que la clauſe ajoûtée ſuſpend pour quelque tems la force de l'Obligation; & l'autre, que l'évenement ſuppoſé n'exiſte pas encore, ou eſt incertain, du moins par rapport à notre connoiſſance.

Si les Conditions ſe rapportent quelquefois au *préſent* ou au *paſſé*?

§. III. De là il s'enſuit, que les clauſes qui roulent ſur le préſent ou ſur le paſſé, ne ſont pas à parler proprement des conditions, quoiqu'elles paroiſſent telles à ne regarder que la conſtruction Grammaticale des termes. En effet, il n'y a que l'Avenir qui ſoit toûjours incertain aux Hommes: le Préſent & le Paſſé peuvent être connus avec une entiere certitude, & par conſéquent ils ne ſçauroient avoir par eux-mêmes la force de ſuſpendre le conſentement. Sur ce principe, les Juriſconſultes Romains décident (1), que *quand on dit, par exemple:* Je vous donnerai tant, ſi un tel a été fait Conſul, ou s'il vit encore; *l'engagement eſt d'abord ou annullé, ou valable; car ſi la choſe ſe trouve ainſi, il n'y a point d'Obligation; mais ſi la choſe eſt autrement, la Promeſſe oblige dès-lors.*

Il faut remarquer pourtant, que l'on peut fort bien ajoûter à une Promeſſe quelque condition qui regarde le préſent ou le paſſé, lorſque l'un des Contractans, ou tous deux enſemble, ne ſont point aſſurez de la vérité ou de la fauſſeté du fait, en vûë duquel ils traitent. Et alors la Promeſſe ſemble renfermer la détermination du tems auquel on doit l'effectuer: car celui à qui l'on a promis ne peut rien exiger, avant qu'il nous ait clairement juſtifié la vérité de la choſe ſuppoſée; or pour cela il faut du tems. Par exemple, ſi une perſonne peu verſée dans l'Hiſtoire promet dix écus, ſuppoſé qu'il ſoit vrai que *Céſar* ait autrefois paſſé le *Rhin*, on n'eſt en droit de demander cette ſomme, qu'après avoir prouvé le fait en queſtion par le témoignage de quelque Ecrivain digne de foi. De même, ſi l'on s'eſt engagé à donner tant, au cas

ou d'y contraindre le Promettant, lorſqu'il ne tient qu'à lui, ou d'exiger de lui les dommages & interêts. Mr. Hertius appelle une clauſe comme celle-là *cauſa finalis, propter quam aliquid fit vel præſtatur:* ce qui n'eſt pas tout-à-fait juſte, puiſque dans l'exemple même que je viens d'alleguer après lui, on voit clairement qu'il n'y a point de *cauſe finale* ou de motif; mais ſeulement une ſtipulation par laquelle le Vendeur ſe reſerve de ne délivrer la choſe venduë que quand il l'aura rachetée, ce qu'il s'engage de faire en un certain tems. On peut même dire que ces ſortes de clauſes ſont que la Promeſſe peut être rapportée à celles qui ſont *in diem;* parcequ'il y a toûjours un tems ou préfix, ou qui eſt cenſé devoir arriver tôt ou tard, quoiqu'il ne ſoit pas limité. Mr. Hertius ſoûtient après d'autres, que dans un doute on doit tenir l'Engagement pour purement conditionnel, plûtôt que pour contracté ſur un certain pié. Cela n'eſt vrai généralement qu'en matiere de Promeſſes gratuites. Mais pour ce qui eſt des Engagemens intereſſez de part & d'autre, leur nature demande au contraire qu'on n'y ſuppoſe pas aiſément quelque condition capable de les annuller, au préjudice de l'autre Partie, qui a pû compter ſur leur accompliſſement.

(2) De ces deux choſes renfermées dans l'idée d'une Condition, la premiere, comme on voit, eſt une ſuite de la derniere, qui par conſéquent devoit préceder; car la ſuſpenſion de l'Obligation vient de l'incertitude de l'événement. De-plus, nôtre Auteur reſſerre trop ici l'effet des conditions; car elles ne ſuſpendent pas ſeulement la force d'un Engagement, mais encore elles annullent ou changent ceux où l'on étoit déja. Il y a (dit très-bien Mr. Daumat, *Loix Civiles dans l'ordre naturel*, I. Part. Liv. I. Tit. I. Sect. IV. §. VI.) trois ſortes de Conditions, ſelon trois differens effets qu'elles peuvent avoir. Les premieres, ce ſont celles qui accompliſſent les Engagemens que l'on en fait dépendre: comme s'il eſt dit, qu'une vente aura lieu, au cas que la marchandiſe ſoit délivrée un tel jour. Les ſecondes ſont celles qui reſolvent un Engagement; comme s'il eſt dit, qu'au cas qu'une telle perſonne arrive en tels tems, le bail d'une Maiſon ſera rompu. Et les dernieres, celles qui ſans accomplir ni réſoudre l'accord, y apportent ſeulement quelques changemens: comme ſi l'on a ſtipulé, qu'au cas qu'une maiſon loüée ſoit remiſe au Locataire ſans certains meubles qu'on lui a promis, le loyer ſera diminué de tant. On fera bien au reſte de lire tout ce que dit Mr. Daumat dans la Section que je viens de citer.

§. III. (1) *Conditiones, quæ ad præſens vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti,* Si Titius Consul fuit, *vel,* Si Mævius vivit, dare spondes? *Nam ſi ea ita non ſunt, nihil valet ſtipulatio: ſin autem ita ſe habent, ſtatim valet. Quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem; licet apud nos incerta ſint.* Institut. Lib. III. Tit. XVI. *De verbor. oblig.* §. 6.

que *Pierre*, que l'on ſçait parti pour un long voyage, ſoit encore en vie; celui à qui l'on a promis ne peut nous ſommer de tenir nôtre parole, qu'après avoir produit de bons certificats, ou d'autres preuves évidentes par où il paroiſſe que *Pierre* n'eſt pas mort. Mais quiconque y fera bien réfléxion, trouvera à mon avis, que le ſens de ces ſortes de Promeſſes, où l'on inſére quelque condition qui concerne le préſent ou le paſſé, ſe réduit à ceci : *Je vous donnerai telle ou telle choſe, ſi vous me faites voir que* Céſar *a véritablement paſſé le* Rhin, *ou que* Pierre *vit encore.* Ainſi ce ſont de vrayes Promeſſes (2) conditionnelles, dans leſquelles la condition n'eſt pas préciſément la vérité d'un tel fait, préſent ou paſſé, mais la vérification & la preuve de ce fait. Il eſt donc indubitable, que ſi l'une & l'autre des Parties, agiſſant avec un deſſein ſérieux, a ſçu certainement la vérité du fait; la Promeſſe eſt abſolue. Mais ſi toutes les deux Parties ont ſçu la fauſſeté du fait, ce n'eſt qu'un pur badinage, d'où il ne reſulte aucun engagement. Lorſque la clauſe ajoûtée roule ſur un événement à venir, mais qui doit arriver infailliblement, par exemple, dans cette Promeſſe, *Si le Soleil ſe léve demain, je ferai ceci ou cela*, on croit communément qu'il ne faut pas prendre de telles paroles pour une véritable condition; parcequ'elles ne renferment rien qui ſuſpende l'engagement, chacune des Parties étant aſſurée de l'exiſtence future du cas ſuppoſé. Cependant, comme on ne doit pas légérement préſumer qu'une clauſe ſoit ajoûtée en vain à quelque acte ſérieux, il faut voir ſi la particule dont on ſe ſert ici (3), ne ſeroit pas miſe pour l'Adverbe *quand*, enſorte qu'elle ne rende pas la Promeſſe conditionnelle, mais qu'elle déſigne ſeulement le tems de l'exécution; comme qui diroit, *Je vous donnerai cela demain au lever du Soleil.*

Concluons donc, que toute Condition, proprement ainſi nommée, renferme quelque choſe d'incertain, du moins par rapport à l'une des Parties. Ainſi juſques à ce que l'événement dont il s'agit s'accompliſſe, ou qu'on en ait prouvé l'exiſtence, l'Obligation (4) demeure ſuſpendue. Mais auſſi-tôt que la choſe arrive, ou que

(2) Je ne ſçai pas bien ſur quoi ſe fonde ici nôtre Auteur. Comme, dans le moment que l'on traite, le fait préſent ou paſſé, d'où dépend l'effet de la Promeſſe, eſt déterminément vrai ou faux; il me ſemble que l'Obligation eſt dès-lors ou nulle, ou entierement valide, & par conſequent qu'il n'y a point ici de Condition proprement ainſi nommée, qui ſuſpende l'engagement. *Nulla eſt conditio, quæ in præteritum confertur, vel quæ in præſens*, diſent les Juriſconſultes Romains : DIGEST. Lib. XXVIII. Tit. VII. *De condit. Inſtitution.* ſur les opinions deſquels on peut voir les *Obſerv. Juris. Rom.* de Mr. DE BYNKERSHOEK, Lib. IV. Cap. XV. Tout ce qui réſulte d'une pareille clauſe, c'eſt que l'on ne peut exiger l'exécution de la Promeſſe, qu'après avoir prouvé la verité du fait ſuppoſé. Ces ſortes de Promeſſes ne ſçauroient paſſer pour conditionnelles, que quand il s'agit d'un fait dont on n'eſt pas aſſuré s'il peut être vérifié, ou non; car alors cette incertitude produit le même effet, que ſi la clauſe rouloit ſur un événement à venir.

(3) *Si*, en Latin, reçoit très-bien ce ſens; mais cela n'a point de lieu en nôtre Langue.

(4) *Quia quæcumque ſub conditione traduntur, ita demum fieri poſſunt propria ac peculiaria, ſi conditio conſummata eſt.* Quintilian. Declam. CCCXXXVI. Mr. HERTIUS, qui cite ce paſſage, remarque en même-tems, qu'une diſtinction que fait ici le Droit Romain ne lui paroit pas conforme au Droit Naturel. Les Juriſconſultes diſent, qu'il y a cette difference entre les Engagemens ſous condition, & ceux où l'on promet au bout d'un certain terme; que dans les premiers, on ne doit rien avant l'exiſtence de la choſe ſuppoſée; au lieu que dans les autres on commence à devoir dès le moment qu'on promet, quoique celui à qui l'on s'engage ne puiſſe rien demander avant le terme. CEDERE *diem ſignificat, incipere deberi pecuniam:* Venire *diem ſignificat, cum diem veniſſe, quo pecunia peti poſſit. Ubi purè quis ſtipulatus fuerit, & ceſſit & venit dies: ubi in diem, ceſſit dies, ſed nondum venit: ubi ſub conditione, neque ceſſit, neque venit dies, pendente adhuc conditione.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVI. *De verbor. ſignif.* Leg. CCXIII. De là ils inférent, que ce qu'on a payé par erreur, avant l'exiſtence de la condition, peut être repeté comme indû; mais qu'il n'en eſt pas de même de ce que l'on a payé avant le terme. *In diem debitor, adeo debitor eſt, ut ante diem ſolutum repetere non poſſit. . . . Sub conditione debitum, per errorem ſolutum, pendente quidem conditione repetitur, conditione autem exiſtente repeti non poteſt.* Lib. XII. Tit. VI *De conditione indebiti*, Leg. X. XVI. Voyez les Loix XVII. & XVIII. Mais Monſieur HERTIUS trouve qu'à en juger par les ſeules lumieres de la Raiſon, la repétition doit avoir lieu dans le dernier cas auſſi-bien que dans le premier. Car, dit-il, dans l'un & dans l'autre, même ſelon le Droit Romain, aucune des Parties ne peut ſe dédire ſans le conſentement de l'autre, avant l'exiſtence du fait ſuppoſé, ou avant le terme dont on eſt convenu: dans l'un & dans l'autre,

le fait eſt vérifié, l'Obligation devient abſolue; comme au contraire, du moment que ce qu'on avoit ſuppoſé ſe trouve faux, il n'y a plus d'Obligation.

Les Conditions ſont ou *Caſuelles*, ou *Arbitraires*, ou *Mixtes*.

§. IV. On diſtingue ordinairement deux ſortes de *Conditions*; les unes *Poſſibles*, & les autres *Impoſſibles*. Les premieres ce ſont celles dont l'effet dépend d'une choſe qui peut arriver phyſiquement, ou moralement parlant. On les diviſe en (1) *Caſuelles*, *Arbitraires*, & *Mixtes*; c'eſt-à-dire, qui tiennent des deux premieres.

Les *Conditions Caſuelles*, ou fortuites, ce ſont celles qui dépendent ou de la volonté d'un tiers ſur qui l'on n'a aucune autorité, ou d'un pur hazard par rapport à nous, comme quand on dit: *Je vous donnerai tant, ſi un tel épouſe une telle*, ou, *s'il ne pleut pas de trois jours.*

Les *Conditions Arbitraires*, ce ſont celles dont l'exiſtence dépend de la volonté & du pouvoir de celui à qui l'on a promis quelque choſe ſous une telle condition (2). Je dis, de la volonté *de celui à qui l'on a promis*: car la Promeſſe eſt regardée comme nulle dès le commencement, (3) ſelon l'opinion commune, lorſque l'effet de la condition dépend de la volonté du Promettant même: *Je vous donnerai dix écus, s'il me plaît*; c'eſt comme ſi l'on diſoit: *Je ne vous promets rien abſolument à l'heure qu'il eſt, & il ſera deſormais en ma liberté de le faire, ou non.* Ainſi celui à qui l'on tient ce langage, n'acquiert aucun droit, à moins qu'on ne lui promette de nouveau ſans une telle condition, dont l'effet peut être empêché & éludé à l'infini par le Promettant. On a donc raiſon de dire, que *ce qui eſt en nôtre pouvoir ne doit point être promis comme une choſe caſuelle.* Si néanmoins une condition, qui dépend de la volonté du Promettant, eſt de telle nature qu'il ne puiſſe ou qu'il ne veuille pas en éluder toûjours l'accompliſſement, elle doit paſſer pour une clauſe ajoûtée à deſſein de fixer le tems de l'exécution de la Promeſſe; deſorte que quand on dit, par exemple: *Je vous donnerai*

l'obligation paſſe aux Héritiers: dans l'un & dans l'autre, les mêmes cas empêchent qu'on n'ait action en Juſtice. Toute la difference qu'il y a ici, conſiſte donc en ce que la condition peut manquer quelquefois: au lieu que le terme, ſoit fixe ou incertain, eſt cenſé moralement devoir arriver ſans faute. De là Mr. Hertius conclut encore contre l'opinion de divers Docteurs, que lorſqu'on promet une choſe qui n'eſt pas encore en nature, ou qui ſe rapporte à quelque événement futur, la Promeſſe eſt véritablement conditionnelle, quoiqu'elle ſemble ſe réduire à celles qui ont un terme fixe; comme ſi l'on donne à quelqu'un les fruits de l'année, ou ſi l'on promet tant pour la dot d'une Fille; car cela ſuppoſe qu'il naiſſe des fruits, & que le mariage ſe concluë. Voyez Digest. Lib. XXIII. Tit. III. *De Jure Dotium*, Leg. XXI. & Lib. XLV. Tit. I. *De verb. oblig.* Leg. LXXIII.

§. IV. (1) On trouve cette diviſion dans le Code: *Sin autem aliquid ſub conditione relinquatur, vel* caſuali, *vel* poteſtativa, *vel* mixta: *quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratæ perſonæ voluntate, vel ex utroque pendeat*, &c. Lib. VI. Tit. LI. De Caducis tollend. §. 7. Mr. Gundling (dans ſon *Jus Nat. & Gent.* Cap. XI. §. 32.) la rejette, comme mal fondée: & ſa raiſon eſt que toute Condition a quelque choſe de caſuel, ſans quoi ce ne ſeroit pas une Condition. Mais il eſt certain qu'il y a des choſes qui ne dépendent en aucune maniere de la volonté de celui à qui l'on promet: d'autres qui, ou en dépendent abſolument, ou en dépendent d'ordinaire: d'autres enfin, qui ne dépendent qu'en partie de ſa volonté, & qui ſuppoſent toûjours quelque autre choſe, ſans quoi il a beau vouloir, il n'avance rien. Or cela ſuffit pour établir la diviſion dont il s'agit. L'exemple que nôtre Auteur allégue de la derniere ſorte, ou des *Conditions mixtes*, eſt inconteſtable. Donnons-en de la ſeconde ſorte, ou des *Conditions arbitraires.* Toutes celles qui impoſent la néceſſité de s'abſtenir de certaines choſes, à quoi rien ne nous oblige d'ailleurs, ſont certainement de ce nombre. Par exemple, *Je vous donnerai tant, ſi vous ne jouez pas*, ou *ſi vous n'épouſez pas une telle*, &c. Cela dépend toûjours de la volonté de celui à qui l'on promet. Que ſi on lui dit: *Je vous donnerai ceci ou cela, moyennant que vous montiez au Capitole*, ou *que vous faſſiez voyage en tel ou tel endroit*: il peut bien par accident ſurvenir quelque obſtacle qui empêche d'exécuter telles conditions; mais ordinairement il ne tient qu'à celui auquel on promet de les accomplir.

(2) Ces ſortes de *Conditions*, comme le remarquoit ici nôtre Auteur, ſont auſſi appellées *promiſcuæ*, dans le Digest. Lib. XXXV. Tit. I. *De conditionibus & demonſtr.* &c. Leg. XI. §. I. Si l'on veut ſçavoir le ſens & la raiſon de cette dénomination, on peut voir les penſées qu'a là-deſſus Cujas, *Obſerv.* Lib. XIV. Cap. 2. *& in Papinian. Quæſt.* Lib. XIII. page 348, *& ſeqq.* Opp. Tome IV. *Edit. Fabrott.*

(3) *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione.* Digest. *Lib.* XLV. Tit. I. *De verborum obligation.* Leg. XVII. *Illam autem ſtipulationem*, Si volueris dari? *inutilem eſſe conſtat.* Ibid. Leg. XLVI. §. 3. Voyez auſſi la Loi CVIII. §. 1. & Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda emptione*, &c. Leg. VII. *princip.* & Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & actionib.* Leg. VIII.

*tant, ſi je prens des ſouliers neufs*, ou, *ſi je me marie*; c'eſt comme ſi l'on diſoit, *Quand je prendrai des ſouliers neufs*, &, *quand je me marierai.*

C'eſt par les principes, qui viennent d'être poſez, que l'on doit expliquer les paroles ſuivantes de GROTIUS (a). *Si la choſe promiſe*, dit-il, *n'eſt pas à la vérité pour l'heure, au pouvoir du Promettant, mais peut y être un jour, la validité de la Promeſſe demeure ſuſpendue juſqu'alors : parcequ'on doit être cenſé n'avoir promis que ſous cette condition, que la choſe vienne à être en nôtre pouvoir.* Cette propoſition peut être admiſe, bien entendu que celui à qui l'on promet ſçache que pour le préſent la choſe n'eſt pas en nôtre pouvoir ; car il y auroit de la mauvaiſe foi à donner pour une choſe promiſe abſolument & faiſable ſur le champ, ce que l'on ne s'engageroit d'exécuter qu'au bout d'un certain tems. *Que ſi*, ajoûte GROTIUS, *la condition, moyennant quoi la choſe promiſe peut venir à être au pouvoir du Promettant, dépend du pouvoir de ce même Promettant, il ſera tenu de faire tout ce qui eſt moralement poſſible pour en procurer l'accompliſſement.* Cela veut dire, que ſi l'on s'engage à une choſe qui nous eſt impoſſible pour l'heure, mais que l'on peut dans la ſuite rendre poſſible par ſes ſoins & ſon induſtrie, on ne doit rien négliger pour ſe mettre par-là en état de tenir cet engagement. (4) Suppoſons, par exemple, qu'un Etudiant en Droit, encore fort ignorant, promette à quelqu'un de plaider toutes ſes Cauſes s'il devient un jour bon Juriſconſulte, il ſera tenu, ſelon les principes de *Grotius*, de s'attacher fortement à l'étude des Loix pour ſe rendre capable de bien plaider une Cauſe. Mais cela n'a lieu que quand on a expreſſément promis, ou que l'on a donné à entendre par des indices fort apparens, que l'on promettoit de travailler de tout ſon poſſible à acquerir les ſecours néceſſaires pour s'acquitter de ſa Promeſſe. Autrement on pourra renvoyer à l'infini l'exécution d'une condition de cette nature. Il faut encore remarquer, que *Grotius* employe ici le terme (b) d'*arbitraire* dans un autre ſens que nous ne faiſons ; puiſqu'il entend par *Condition arbitraire*, celle qui eſt au pouvoir du Promettant ; au lieu que, ſelon nous, c'eſt celle qui dépend de la volonté de celui à qui la Promeſſe eſt faite.

(a) Liv. II. Chap. XI. §. 8. num 4.

(b) *Poteſtativa conditio.*

Les *Conditions Mixtes*, ce ſont celles dont l'accompliſſement dépend en partie de la volonté de celui envers qui l'on s'engage, & en partie du hazard : comme, par exemple, quand on dit : *Je vous donnerai tant ſi vous épouſez une telle :* car il ne ſuffit pas que celui à qui l'on promet veuille épouſer la Demoiſelle, puiſqu'elle peut ou ne pas vouloir de lui, ou mourir avant les Nôces.

Il faut ajoûter enfin, qu'une Condition eſt tenue pour accomplie, lorſque l'autre Contractant (5) eſt lui-même cauſe qu'elle n'a pas ſon effet.

(4) Peut-être, dit Mr. THOMASIUS (*Inſt. Juriſprud. divin.*) Lib. II. Cap. VII. §. 112. que GROTIUS a eu dans l'eſprit quelque exemple comme celui-ci : *Je vous épouſerai, ſi je ſuis reçu Docteur.* Par où Mr. *Thomaſius* veut apparemment donner à entendre, que comme il ne faut pas grand' proviſion de ſcience pour paſſer Docteur dans une Univerſité, un Jeune Homme, qui fait une promeſſe de Mariage ſous cette condition, peut aiſément ſe mettre en état de dégager ſa parole.

(5) C'eſt ainſi que nôtre Auteur s'exprime, ſans diſtinguer de quel des deux Contractans il parle : *Si per alterum ſtet, quominus conditio impleatur.* Mais il renvoye à une Loi, qui regarde le cas où celui-là même qui a promis eſt cauſe que la Condition, dépendante en partie d'autrui, ne s'accomplit point. Voici le fait. Uu homme achete une Bibliothéque, à condition que les Magiſtrats lui vendront un lieu où il puiſſe la mettre ; cependant il fait lui-même en ſorte qu'on lui refuſe cette place. Là-deſſus les Juriſconſultes décident, avec raiſon, que le Vendeur peut obliger l'Acheteur à retirer les Livres, & à payer le prix convenu ; parce qu'il n'a tenu qu'à l'Acheteur que la condition eût ſon effet. *Labeo ſcribit, ſi mihi Bibliothecam ita vendideris*, ſi Decuriones Campani locum mihi vendidiſſent in quo eam ponerem, *& per me ſtet quo minus id à Campanis impetrem, non eſſe dubitandum quin præſcriptis verbis agi poſſit. Ego etiam ex vendito agi poſſe puto, quaſi impleta conditione, quum per emptorem ſtet, quo minus impleatur.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda empt.* &c. Leg. L. Du reſte, il

Des *Conditions Impoſſibles* ; & des Conditions qui renferment *des choſes illicites.*

(a) *Cornel. Nepos, in Miltiad.* Cap. I. & II.

§. V. Les *Conditions impoſſibles* (1) ſont telles ou phyſiquement, ou moralement ; c'eſt-à-dire, qu'elles renferment des choſes qui ou ne peuvent ſe faire naturellement, ou ſont défendues par les Loix. Ces ſortes de conditions, priſes dans le ſens le plus ſimple & le plus naturel, rendent une Promeſſe négative, & par conſéquent nulle ; (2) ſurtout lorſque l'impoſſibilité a été connue des deux Parties. Si ceux qui traitent enſemble, vivent l'un par rapport à l'autre dans l'indépendance de l'Etat de Nature, il eſt clair que, quand ils ajoûtent quelque condition naturellement impoſſible, il n'y a rien de fait entr'eux. Quelquefois même, pour éluder une demande que l'on ne veut point accorder, on ſe ſert de ce tour, qui paſſe alors pour plus injurieux que ſi l'on refuſoit tout net. Telle eſt la réponſe des habitans de l'Iſle de *Lemnos* à *Miltiade*, qui les ſommoit de ſe mettre ſous la domination des *Athéniens* (a) : *Nous le ferons*, dirent-ils, *quand vous viendrez ici de chez vous avec une flotte par un vent de Nord.* Auſſi *Miltiade* ayant voulu enſuite ſe prévaloir de ces paroles, & chicanant mal-à-propos ſur les termes, l'Hiſtorien qui rapporte ceci, remarque judicieuſement, que *ſi les Habitans de l'Iſle l'abandonnerent à* Miltiade, *ce ne fut pas en vertu de la préten-*

*duë*

eſt certain, que quel des deux Contractans qui empêche l'accompliſſement d'une condition, ſoit que la choſe dépende de ſon fait, ou non ; la condition eſt tenuë pour accomplie à ſon préjudice. Les Juriſconſultes Romains étendent cela à tous les cas, où celui qui a interêt qu'une Condition manque, eſt cauſe lui-même qu'elle ſe trouve ſans effet ; comme ſi un Teſtateur a donné la Liberté, ou fait un Legs, ou inſtitué un Héritier, ſous une condition dont l'accompliſſement a dépendu de l'Héritier ou Teſtamentaire, ou Légitime, ſans que l'Eſclave, le Légataire, ou l'Héritier inſtitué, ayent rien négligé de ce qui étoit en leur pouvoir. *In Jure civili receptum eſt, quotiens per eum, cujus intereſt, conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur ; perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet ; quod ad libertatem, & legata, & ad heredum inſtitutiones per ucitur : quibus exemplis ſtipulationes quoque committuntur quum per promiſſorem factum eſſet, quo minus ſtipulator conditioni pareret.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVII. *De Diverſ. Reg. Jur.* Leg. CLXI. Voyez auſſi les Loix XXXIX. & CLXXIV. du même Titre ; & *Lib.* XXXV. Tit. I. *De condition. & dem.* &c. Leg. XXIV. où il faut lire avec HOTMAN, (Obſ. IV, 28, *cujus intereſt conditionem* NON *impleri*). Voyez JAQUES GODEFROI ſur les Loix citées du Titre *De diverſis Regg. Jur.* Pour ce qui eſt des *Conditions Arbitraires*, ou elles impoſent la neceſſité de faire telle ou telle choſe, ou elles le défendent. Dans le premier cas, ou il y a un tems limité, & alors la Condition manque, ſi on laiſſe paſſer ce tems ſans la remplir : ou il n'y a point de tems fixé, & alors c'eſt par les circonſtances qu'il faut juger, ſi celui qui a preſcrit la Condition a ſuppoſé quelque choſe qui détermine le terme au-delà duquel on ne peut en differer l'accompliſſement, ou s'il a voulu qu'on fût toûjours à tems de l'effectuer. Que ſi la Condition conſiſte à défendre, par exemple, de jouer, ou de fréquenter le Cabaret, elle arrive, ou au bout du tems pendant lequel celui à qui l'on avoit promis s'étoit engagé de s'abſtenir de ces ſortes de choſes : ou lorſqu'il n'eſt plus à craindre qu'il ne les faſſe, comme s'il vient à mourir, ou ſi on lui avoit défendu d'épouſer une certaine Fille, & qu'elle meure ou ſe marie à quelque autre, &c.

§. V. (1) Les Conditions que l'on appelle *impoſſibles*, ne ſont pas, à proprement parler, de véritables conditions : car elles ne ſuſpendent point l'engagement, & elles n'annullent ni ne changent pas non-plus une convention qui ait deja été valide ; mais ou elles font que dès le commencement la Promeſſe eſt abſoluë, ou elles annullent dès-lors l'engagement, ou elles empêchent qu'il ne ſe forme dans la ſuite. Or la clauſe qui renferme une *Condition impoſſible*, eſt ou *affirmative*, ou *négative.* L'Auteur ne parle que de la premiere ſorte. Pour l'autre, on voit bien qu'elle rend l'engagement abſolu, comme ſi l'on promet une choſe à quelqu'un, à condition qu'il n'aille pas prendre la Lune avec les dents, ou qu'il ne commette pas un parricide. C'eſt ce que dit TITIUS, *Obſ.* 237. & 239. Les Juriſconſultes Romains décident ainſi, par rapport aux Conditions naturellement impoſſibles : *At ſi ita ſtipuletur*, Si digito cœlum non adtigero, dare ſpondes ? *pure facta intelligitur, ideoque ſtatim peti poteſt.* INSTIT. *de inutil. Stipulat.* §. 11. Mais ils veuleut, au contraire, qu'une Condition moralement impoſſible, quoique négative, rende l'engagement nul, ſi l'on a promis, par exemple, au cas que celui à qui l'on promet, ne commette pas un Larcin, un Meurtre : *Si ob maleficium*, ne fiat, *promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conventione.* DIGEST. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. VII. §. 3. Cela eſt fondé ſur ce que les hommes doivent s'abſtenir du mal par un principe de Vertu, ou par reſpect pour les Loix, & non en vûë de quelque récompenſe qu'on leur faſſe eſperer. Rien n'empêche pourtant, à conſiderer la choſe en elle-même, qu'une telle Promeſſe ne ſoit valide. Mais il n'eſt pas néceſſaire de la regarder comme abſoluë. Il en faut juger par ce que j'ai dit ci-deſſus, §. 4. *Note* 1. des Conditions arbitraires.

(2) *Sub impoſſibili conditione factam ſtipulationem conſtari inutilem eſſe.* DIGEST. *Lib.* XLIV. Tit. VII. *De obligat. & action.* Leg. I. §. 11. *Non ſolum ſtipulationes. . . . ſed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes. . . . quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve conſenſu agitur, omnium voluntas ſpectetur : quorum procul dubio in hujuſmodi actu talis cogitatio eſt, ut nihil agi exiſtiment appoſita ea conditione quam ſciant eſſe impoſſibilem.* Ibid. *Leg.* XXXI. Voyez auſſi INSTITUT. Lib. III. Tit. XX. *De inutil. ſtipul.* §. 11.

(3) *Generaliter*

*duë promeſſe ; mais parcequ'ils ſe ſentirent hors d'état de réſiſter à leurs Ennemis victorieux que la fortune favoriſoit.*

La même choſe a lieu dans les Conditions moralement impoſſibles, ou qui renferment des (3) choſes deshonnêtes; comme étoit, par exemple, la Promeſſe que fit (b) le Maréchal de *Leſdiguieres* à *Maphée Barberin*, d'embraſſer la Religion Catholique. Par ce que nous avons dit dans le Chapitre précédent (c), il eſt aiſé de juger, ſi le Droit Naturel permet (4) d'exiger l'accompliſſement d'une Promeſſe, lorſque celui à qui on l'avoit faite a exécuté les conditions deshonnêtes ſous leſquelles on s'étoit engagé envers lui ?

(b) *Gramond. Hiſt. Gall.* Lib. XVI. pag. 708.

(c) §. 8.

Les Loix Civiles peuvent néanmoins, ſans injuſtice, établir que les Conditions naturellement impoſſibles, ſurtout ſi celui à qui l'on promet ne les croit pas telles, ſoient cenſées n'avoir point été apposées à une Promeſſe ; pour empêcher qu'on ne ſe joue inſolemment de quelqu'un, en le repaiſſant d'eſpérances vaines. C'eſt auſſi avec beaucoup de raiſon que les Loix Civiles déclarent entierement nulles les Promeſſes & les Conventions faites ſous une condition illicite ou deshonnête (5) : autrement on s'imagineroit que les engagemens des Particuliers auroient la force d'annuller les Loix publiques. Il n'y a pas moins de ſageſſe dans la diſpoſition du Droit Romain, qui porte, que s'il ſe trouve dans un Teſtament quelque condition ou naturellement impoſſible, ou contraire aux bonnes mœurs (d), ou burleſque ; elle doit être tenue (6) pour non-écrite : car il paroiſſoit abſurde, que dans un acte auſſi grave & auſſi ſérieux de ſa nature que celui-là, on ſe moquât des gens ſi indignement, par des clauſes impertinentes & ridicules.

(d) Voyez le Teſtament d'*Eumolpe*, dans *Pétrone*, ſub fin. *Satyrici*, & *Horace*, Lib. II. Sat. V. v. 84. & *ſeqq.* avec la Note du Scholiaſte.

(3) *Generaliter novimus turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti. Veluti ſi quis* homicidium, *vel* ſacrilegium ſe facturum promittat. DIGEST. Lib. XLV. Tit. I. *De verb. oblig.* Leg. XXVI, XXVII. *Item quod Leges fieri prohibent . . . veluti* ſi ſororem [ ſuam ] nupturam *ſibi aliquis ſtipuletur.* Ibid. *Leg.* XXXV. §. 1. Les mêmes Juriſconſultes diſent, que cela a lieu, quand même la choſe deviendroit enſuite permiſe par les Loix, parcequ'il faut juger de la Promeſſe par rapport au tems où elle eſt faite : *Nullius momenti fore ſtipulationem, perinde ac ſi ea conditione quæ naturâ impoſſibilis eſt, inſerta eſſet : nec ad rem pertinet, quod jus mutari poteſt, & id quod nunc impoſſibile eſt, poſtea poſſibile fieri : non enim ſecundum futuri temporis jus, ſed ſecundum præſentis, æſtimari debet ſtipulatio.* Ibid. *Leg.* CXXXVII. §. 6. Mais, à en juger par les régles naturelles de l'Interprétation, il n'y a pas toûjours quelque choſe de deshonnête à ſuppoſer un tel cas : & ainſi la Promeſſe peut être valide, lorſqu'on l'a faite ſous cette condition, que la choſe vienne à être permiſe par les Loix.

(4) On voit bien, que non. Car toute Promeſſe faite ſous une telle condition, eſt nulle par elle-même, enſorte qu'on n'a jamais droit d'en exiger l'accompliſſement. C'eſt une autre queſtion, de ſçavoir ſi l'on peut repéter ce que l'on a donné actuellement, lorſque la condition eſt déja exécutée ? Voyez ce que j'ai dit dans la *Note* 2. ſur le §. 6. du Chap. précédent.

(5) Voyez les Textes citez dans la Note 3. & DIGEST. Lib. VII. Tit. VIII. *De uſu & habitat.* Leg. VIII. §. 1.

(6) C'eſt-à-dire, que les diſpoſitions que le Teſtateur fait dépendre d'une telle condition, ne laiſſent pas d'avoir leur effet ; quoique la condition n'en ait aucun. *Sub impoſſibili conditione vel alio mendo factam inſtitutionem placet non vitiari.* DIGEST. *Lib.* XXVIII. Tit. VII. *De conditionib. inſtitut.* Leg. I. *Conditiones contra Edicta Imperatorum, aut contra Leges, aut quæ Legis vicem obtinent, ſcriptæ, vel quæ contra bonos mores, vel deriſoriæ ſunt, aut hujuſmodi, quas Prætores improbaverunt, pro non ſcriptis habentur : & perinde ac ſi conditio hereditati, ſive legato adjecta non eſſet, capitur hereditas legatumve.* Ibid. Leg. XIV. Voyez DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, II. Part. Liv. III. Tit. I. Sect. VIII. §. 18. & ſuivans. On voit aiſément la raiſon de la difference que les Loix mettent ici, par rapport à la validité, entre les Promeſſes ou les Conventions faites de vivant à vivant ſous une condition impoſſible ou deshonnête ; & les diſpoſitions d'un Teſtateur, accompagnées de quelque condition ſemblable. C'eſt que dans les premieres, la condition étant apposée du conſentement des deux Parties qui en ont toutes deux connoiſſance, & en voyent l'une & l'autre l'impoſſibilité & la turpitude ; elles ſont & doivent être cenſées ne traiter enſemble que par maniere de jeu ; deſorte que ſi l'une ou l'autre compte là-deſſus, tant pis pour elle, puiſqu'elle ſçait de quelle maniere la choſe s'eſt paſſée, & qu'elle n'a aucune raiſon de la prendre pour faite ſérieuſement. Voyez la Loi XXXI. du Titre du DIGESTE, *De Oblig. action.* citée ci-deſſus, *Note* 2. de ce paragraphe. Mais il n'en eſt pas de même des dernieres volontez. Celui en faveur de qui eſt le Teſtament ou le Legs, n'a eu aucune connoiſſance de la volonté du Teſtateur ; & bien-loin qu'il puiſſe regarder cette déclaration comme un badinage, il a tout lieu de croire que dans ces momens-là on agit très-ſerieuſement, quoique la condition apposée ſemble inſinuer le contraire.

De la détermination du *lieu* où la Promeſſe doit être exécutée.

§. VI. Au reſte, ſi dans une Promeſſe on a fait mention du *lieu* où elle doit s'exécuter, ſans fixer un certain tems, il eſt cenſé que l'on donne tout le tems néceſſaire pour s'y tranſporter commodément (1).

Du *tems* de l'exécution.

§. VII. Pour les clauſes qui déterminent le *tems*, elles font que l'Obligation n'a pas d'abord ſon effet; c'eſt-à-dire, qu'on ne peut rien demander qu'au terme dont on eſt convenu (1).

Quelle difference il y a entre les *Promeſſes Conditionnelles*, & les *Conventions*.

§. VIII. Avant que de finir, il faut faire voir la différence qu'il y a ici entre les *Promeſſes Conditionnelles*, & les *Conventions*.

Elles conviennent en ce que, comme les Promeſſes conditionnelles n'obligent point le Promettant, tant que la condition manque; de même les Conventions n'obligent point un Contractant, lorſque l'autre n'a pas effectué tous les articles dont ils étoient convenus. (1) C'eſt le fondement de la maxime commune, qui porte, que chaque article de la Convention eſt inſéparablement attaché à tous les autres en forme de condition, d'où dépend la néceſſité de tenir l'accord entier. Il y a des gens qui mettent ici cette reſtriction : à moins que quelqu'un des articles ne ſoit une condition inutile, ajoûtée ſeulement pour la bienſéance & comme un ornement hors d'œuvre. Mais il ne faut pas trop donner à une telle exception, de-peur qu'on ne l'étende juſques à annuller les principaux articles de la Convention : outre que l'on ne préſume guéres qu'il y ait dans un Traité la moindre clauſe inutile. On en trouve pourtant un exemple dans les articles ſecrets des Pactes de Mariage entre *Charles*, Prince de *Galles*, & *Henriette de Bourbon* : car s'il en faut croire ce que dirent enſuite les Miniſtres d'*Angleterre*, ces Articles (a) *ne furent ajoûtez que pour garder davantage le* decorum : *le Roi Très-Chrétien avoit en vûë par-là de gagner les bonnes graces de la Cour de* Rome; *mais ni l'une ni l'autre des Parties ne crut que ces articles duſſent être obſervez.* Les Promeſſes faites ſous une condition arbitraire ont encore ceci de commun avec les Conventions, que dans les unes & dans les autres on doit exécuter quelque choſe, ſi l'on veut exiger ce à quoi l'autre Partie s'eſt engagée.

(a) *Gramond.* Hiſt. Gall. Lib. XVI. pag. 710, 711. *Edit. Elzevir.*

Mais elles different en ce que, dans une Promeſſe faite ſous condition arbitraire, le Promettant ſemble n'avoir aucun intérêt que la condition s'accompliſſe, ou non : du moins il ne veut point contraindre l'autre à la remplir, & il laiſſe cela à ſa volonté. Au lieu que, dans les Conventions on ne s'engage à une certaine choſe qu'en vûë de ce que l'autre Contractant doit faire de ſon côté : ainſi dès qu'il manque à ſa parole, non ſeulement on n'eſt point tenu de rien exécuter en ſa faveur, mais on peut encore le contraindre à effectuer ce dont on eſt convenu.

§. VI. (1) *Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent : veluti*, Carthagini dare spond s? *Quæ ſtipulatio licet purè fieri videtur : tamen re ipſa habet tempus adjectum, quo promiſſor utatur ad pecuniam Carthagini dandam.* Instit. *Lib.* III. *Tit.* XVI. *De verb. obligat.* §. 5. Voyez *Digeſt.* Lib. XLV. Tit. I. Leg. LXXIII. princ. & Leg. CXXXVII. §. 2. Comme auſſi Daumat, *Loix Civiles*, &c. I. Part. Liv. I. Tit. I. Sect. III. §. 6. & le Titre du Digeste. *De eo, quod certo loco dari oportet*, Lib. XIII. Tit. IV.

§. VII. (1) *Id autem quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur : ſed peti prius quàm dies venerit, non poteſt.* Institut. *Lib.* III. Tit. XVI. §. 2. Voyez Daumat, dans l'endroit qui vient d'être cité. §. 7. Du reſte, il eſt certain que toutes les fois qu'il n'y a point de terme preſcrit pour l'accompliſſement de ce à quoi l'on s'engage, la promeſſe eſt cenſée devoir s'exécuter ſur le champ, & ne ſouffrir d'autre délai que celui que la nature même de la choſe demande. *Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, præſenti die pecunia debetur : niſi locus adjectus ſpatium temporis inducat, quo illo poſſit perveniri.* Digest. Lib. XLV. Tit. I. *De obligat. & action.* Leg. XLI. §. 1. Voyez auſſi *Lib.* L. Tit. XVII. *De diverſ. Reg. Jur.* Leg. XIV. & Seneque, Excerpt. Controv. III, 5. *ſub. fin.*

§. VIII. (1). Voyez ce qu'on dira, Livre V. Chap. XI. §. 9.

CHAPITRE

# CHAPITRE IX.

## *Des Engagemens que l'on contracte* PAR PROCUREUR.

*On peut promettre & traiter par l'entremiſe d'autrui.*

§. I. COMME il arrive très-ſouvent, que les *Promeſſes* & les *Conventions* ſe ſont PAR L'ENTREMISE D'AUTRUI, nous ne ſaurions nous diſpenſer d'expliquer ici les régles que l'on doit obſerver en ces cas-là.

Il eſt certain que l'on contracte une Obligation, non ſeulement lorſque l'on déclare ſoi-même ſon conſentement à la perſonne en faveur de qui l'on veut s'engager, mais encore lorſqu'on le lui donne à connoître par l'entremiſe d'un tiers que l'on établit pour interprête de nos ſentimens & porteur de nôtre parole; car alors ce tiers eſt regardé comme un ſimple inſtrument, non ſeulement à cauſe que tout ce qu'il fait, il le fait en nôtre nom & par nôtre ordre, (1) mais encore parceque, s'il acquiert quelque Droit, ou s'il contracte quelque Obligation par rapport à la perſonne avec qui il a charge de traiter, c'eſt pour nôtre compte & non pas pour le ſien, n'y ayant pour lui d'autre engagement que celui de ſe bien acquitter de ſa commiſſion. En effet, les actions mêmes d'autrui ſont regardées comme nos propres actions, & par-là ont la vertu de nous impoſer quelque Obligation, ou de nous faire acquérir quelque Droit, lorſque l'on a donné pourvoir à quelqu'un d'agir en nôtre nom, déclarant que l'on acquieſceroit à ce qu'il feroit, tout de même que ſi on l'avoit fait ſoi-même. Mais afin que l'autre Partie puiſſe traiter valablement avec ce tiers, il faut qu'elle ſoit aſſurée que nous l'avons conſtitué ſérieuſement l'interprête de nôtre volonté & le porteur de nôtre parole. C'eſt-là le fondement de la plûpart des régles du Droit Romain touchant les *actions* qu'il permet d'intenter *contre* (2) *un Maître de navire, pour le fait de ſes Patrons; contre un Négociant* (3), *pour le fait de ſes Facteurs ou Commis;* & *contre un Pere de famille* (4), *pour le fait de ſon Eſclave ou de ſon Fils.*

*Combien il y a de ſortes de Mandemens, Procurations, ou Commiſſions.*

§. II. OR on charge quelqu'un de traiter en nôtre nom ou par une *procuration générale* (1), qui lui donne plein-pouvoir de faire ce qu'il jugera le plus à propos pour nos intérêts; ou par une *procuration ſpéciale*, qui régle expreſſément ſur quel pié il doit traiter, & de quelle maniere il doit s'y prendre. Dans le premier cas, on eſt garant de tout ce que le tiers a conclu de bonne foi au ſujet de l'affaire dont il s'agit. Je dis, *de bonne foi:* car s'il trahit nos intérêts par une infâme perfidie, on n'eſt nullement tenu de ratifier ce qu'il a fait; parcequ'en lui donnant pouvoir on eſt cenſé avoir ſuppoſé ſa bonne foi, comme une condition abſolument neceſſaire. Cette condition emporte même un ſoin ſi particulier, qu'il rende le tiers attentif à ne rien faire qui bleſſe nôtre honneur & nos intérêts, du moins autant que les circonſtances

CHAP. IX. §. I. (1) *Uſus autem Procuratoris per quem neceſſarius eſt, ut qui rebus ſuis ipſi截 ſupereſſe vel nolunt, vel non poſſunt, per alios poſſint vel agere vel conveniri.* DIGEST. Lib. III. Tit. III. *De Procuratoribus.* Leg. I. §. 2. *Poteſt quis per alium, quod poteſt facere per ſe ipſum.* DECRETAL. *Lib.* VI. *De Reg. Jur.* Cap. LXVIII. *Qui facit per alium, eſt perinde, ac ſi faciat per ſe ipſum.* Ibid. Cap. LXXII.

(2) C'eſt ce qu'on appelle *Actio exercitoria*, dont il eſt traité DIGEST. Lib. XIV. Tit. I.

(3) *Actio inſtitoria.* Voyez DIGEST. Lib. XIV. Tit. III. *Cod.* Lib. IV. Tit. XXV. & DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. I. Tit. XVI. Sect. II. & III.

(4) Voyez INSTITUT. Lib. IV. Tit. VII. *Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur:* & DIGEST. Lib. XV. Tit. IV. *Quod juſſu.*

§. II. (1) *Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei eſſe poteſt.* DIGEST. *Liv.* III. Tit. III. *De Procuratorib.* §. I.

le permettent: car il ne peut y avoir d'ignorance à cet égard, qui ne ſoit accompagnée d'une négligence équipollente à la mauvaiſe foi (2). Il faut dire la même choſe des *Blancs-ſignez* que l'on confie quelquefois à un Procureur, pour écrire au-deſſus l'acte du Contract (3); car ces ſeings n'impoſent aucune Obligation à celui de la main de qui ils ſont, ſi l'autre a laiſſé gliſſer dans l'Ecrit, à la confirmation duquel ils doivent ſervir, quelque choſe de contraire à la nature de l'affaire dont il s'agit, & que l'on ne puiſſe pas préſumer être (4) renfermé dans l'étenduë de la Commiſſion.

Lorſqu'on a donné au tiers un *pouvoir limité*, ce qu'il a fait & conclu en nôtre nom ne nous oblige jamais au-delà des bornes preſcrites. Mais comme il y a ici de deux ſortes d'*ordres*; les uns *connus*, que le tiers doit montrer à celui avec qui il a charge de traiter; les autres *ſecrets*, qui ſont ſeulemeut pour lui ſervir d'inſtruction cachée, & pour l'avertir juſques où il peut aller: on demande ſi, quand il paſſe ſes ordres ſecrets, ſans s'éloigner d'ailleurs des ordres connus, celui qui lui a donné la commiſſion entre par-là dans quelque obligation envers l'autre Contractant? Je répons, qu'oui (a); car en vertu des ordres connus on s'eſt engagé abſolument à tenir pour fait tout ce que feroit le tiers, au lieu que, par les ordres ſecrets on a ſeulement impoſé au tiers l'obligation de ne pas aller au-delà de ce qu'ils portent: deſorte que, les ayant excédez, il eſt à la vérité tenu de nous dédommager du préjudice qu'il peut nous avoir cauſé; mais on ne laiſſe pas pour cela d'être engagé envers l'autre Partie à tout ce qu'a fait le tiers. Autrement on ne pourroit jamais compter ſur ce que l'on auroit conclu avec une perſonne qui agit au nom d'un autre; car il y auroit toûjours lieu d'appréhender que ſes inſtructions ſecretes ne fuſſent différentes des ordres connus; & cela fourniroit le prétexte du monde le plus ſpécieux de deſavouer tout ce qu'elle auroit fait, & de dupper ainſi les autres par des Traitez illuſoires (b). Au reſte, on ſuppoſe encore ici, que le tiers n'ait pas contrevenu de (5) mauvaiſe foi à ses ordres ſecrets.

(a) Voyez *Grotius* Liv. II. Chap. XI. §. 12. num. 2. & Liv. III. Chap. XXII. §. 4.

(b) Voyez les *Mémoires touchant les Ambaſſadeurs*, par *Wicquefort*, pag. 582, 583, 588. de la premiere *Edit*.

Si l'on peut revoquer ſa parole, quand celui qui la portoit vient à mourir avant que d'avoir rien fait?

§. III. Lorsque celui qu'on avoit chargé de donner parole pour nous, vient à

(2) *A Procuratore dolum & omnem culpam, non etiam improviſum caſum præſtandum eſſe, juris auctoritate manifeſtè declaratur.* Cod. *Lib.* IV *Tit.* XXXV. *Leg.* XIII. Voyez auſſi *Leg.* XXI. & ſur toute cette matiere, Daumat, *Loix Civiles*, &c. Liv. I. Tit. XVI. Sect. I. *& ſuiv.* Joignez-y ce que l'on dira ci-deſſous, *Liv. V. Chap.* IV. §. 3.

(3) Nôtre Auteur rapportoit ici un exemple des fraudes qui ſe commettent en rempliſſant des blancs-ſinez; c'eſt le tour qu'on joüa à *Tryphon*, Patriarche de *Conſtantinople*, qui ayant mis ſon nom ſur un papier blanc, pour faire voir qu'il ſçavoit écrire (car on l'accuſoit d'être ignorant juſqu'à ce point) fut bien ſurpris dans la ſuite de ſe voir ſommer de renoncer à ſa Dignité, en vertu d'une réſignation en bonne & dûë forme, que l'on avoit écrite au-deſſus de ſon ſeing. On trouve cette hiſtoire dans Zonare. Lib. XVI. Cap. 19. *pag.* 190. Tome II. *Edit. Pariſ. Du Cang.* & dans Glycas, Annal Tome III. *in Romano Lacapeno*, vers le commencement. Un Poëte Latin, comme le remarquoit encore notre Auteur, cenſure vigoureuſement un Pape, de ce qu'en donnant des blancs-ſeings il fourniſſoit occaſion à mille friponneries.

*An pulcrum ſatis eſt, & ſummo Præſule dignum,*
*Impreſſas ſigno vacuas emittere chartas,*
*Quas poſſit lator variis inſcribere nugis*
*Cùm volet, & miſeris falſas adfingere culpas?*

Gunther. Ligurin. Lib. VI. verſ. 656. & ſeqq.

(4) Du reſte, on eſt certainement engagé par ſon ſeing, quoique celui à qui on l'a donné en blanc l'ait rempli autrement qu'on ne l'entendoit; pourvû qu'il n'y ait point de colluſion entre le tiers & lui, ou que le tiers ignore notre volonté. Cela paroît par l'exemple que Mr. Hertius allégue ici, d'un homme d'affaires qui ayant ordre d'emprunter mille Ecus pour ſon Maître, en a pris deux mille ſur un blanc-ſigné; car alors ce n'eſt pas la faute de celui qui a prêté, mais de celui qui s'eſt fié imprudemment à ſon Procureur, ſans déclarer à l'autre juſqu'où il pouvoit lui donner de l'argent qu'il demanderoit.

(5) C'eſt-à-dire, qu'il n'y ait point eu de colluſion entre lui & l'autre Partie. Autrement, il eſt bien toûjours tenu des dommages & intérêts envers celui dont il négocie les affaires; mais l'engagement en lui-même ne laiſſe pas d'être valide au profit de l'autre Contractant, en vertu des ordres connus, qui ſont ſeuls le fondement du Traité. C'eſt ce que je diſois dans la premiere Edition de cet Ouvrage. Je vois maintenant que Mr. Hertius remarque la même choſe, & il renvoye à ſa Diſſertation *De obligatione Mandantis & Mandatarii, contemplatu tertii*, §. 11. Elle eſt dans le III. Tome de ſes *Opuſc. & Comment.* imprimez en 1700.

mourir avant que de s'être acquitté de ſa commiſſion, & par conſéquent avant que la Promeſſe ait été acceptée; il eſt clair (1) qu'on peut la revoquer, parcequ'on n'avoit prétendu s'engager que par la bouche du Procureur. Ainſi quand même il auroit appris ſa commiſſion à un autre, & que par le canal de celui-ci la perſonne même en faveur de qui l'on a eu deſſein de s'engager en auroit été informée, on ne ſeroit pas pour cela dans aucun engagement. Car outre qu'on n'a point prétendu ſe ſervir du miniſtere de cet autre, il n'a pas une connoiſſance aſſez diſtincte de nôtre volonté pour en pouvoir aſſurer la perſonne intéreſſée. Il n'en eſt pas de même d'un Meſſager, ou d'un Courrier qui porte une Lettre où eſt contenue la réſolution qu'on a priſe de promettre ou de traiter. Car quoiqu'il vienne à mourir avant que d'avoir remis la Lettre entre les mains de celui à qui elle s'addreſſe, ſi elle eſt enſuite rendue par quelque autre, l'engagement ſubſiſte dans toute ſa force; parceque le premier n'étoit pas, à proprement parler, un inſtrument néceſſaire pour contracter l'obligation, mais un ſimple porteur de l'Acte par lequel on s'oblige, ou de la Lettre, qui peut être portée & rendue par qui que ce ſoit, ſans que perſonne ait intérêt que l'on ſe ſerve pour cela d'une perſonne affectée (a).

(a) Voyez *Grotius.* Liv. II. Chap. XI. §. 17. num. 2.

*Quelle difference il y a entre un Médiateur, & un ſimple porteur de notre volonté.*

§. IV. MAIS il y a d'autres cas, où il faut bien diſtinguer ſi l'on intervient dans les affaires d'autrui comme *ſimple porteur de la volonté d'une des Parties*, ou bien en qualité de *Médiateur;* c'eſt-à-dire, de telle ſorte que l'on fait quelque uſage de ſon propre jugement, & que l'on ménage l'affaire juſques à un certain point: diſtinction que GROTIUS (a) exprime en ces termes; *ſi celui que l'on a choiſi eſt chargé d'annoncer ſimplement la Promeſſe, ou s'il a ordre de la faire lui-même.* Dans le premier cas, on peut révoquer ſa parole, tant que celui à qui on vouloit la donner ne l'a pas encore acceptée; quoique le tiers, faute de ſçavoir le changement de nôtre volonté, ait notifié à l'autre Partie nôtre premiere réſolution (b). Mais dans le ſecond cas la révocation n'a aucun effet, à moins que l'Agent n'en ait été informé; deſorte que le Promettant eſt alors engagé, ſi la commiſſion ſe trouve déja executée (1). La raiſon en eſt, que l'on avoit prétendu donner à connoître ſes offres par un acte d'autrui, qui demandoit quelque habileté, & non pas un ſimple miniſtere corporel (2).

(a) *Ubi ſuprà.*

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XL. Tit. II. *De manumiſſ. vindicta*, Leg. IV. *princip.*

§. III. (1) *Si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id eſt, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum ſuſceperit: ſolvitur mandatum.* INSTIT. *Lib.* III. *Tit.* XXVII. §. 10.

§. IV. (1) Les Juriſconſultes appliquent ici cette Loi: *Si mandaſſem tibi*, ut fundum emeres, *poſtea ſcripſiſſem*, ne emeres, *tu antequam ſcires me vetuiſſe, emiſſes, mandati tibi obligatus ero: ne damno afficiatur is qui ſuſcipit mandatum* DIGEST. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati, vel contra*, *Leg.* XV. Voyez encore *Lib.* I. Tit. XVIII. *De officio Præſidis*, Leg. XVII. CLEMENTIN. Lib. I. Tit. IV. Cap. unic. *de renunciatione;* & COSTALIUS ad DIGEST. Lib. III. Tit. III. *De Procuratoribus & Defenſoribus*, Leg. LXV. Toutes citations de l'Auteur.

(2) Mr. THOMASIUS, dans ſa *Juriſprud. divin.* Lib. II. Cap. VII. §. 118. dit, qu'il faut diſtinguer ici divers cas, & examiner ſurtout ſi la révocation de l'engagement s'adreſſe au porteur de la parole, ou à celui envers qui on vouloit s'engager par ſon entremiſe; de-plus, ſi celui-ci a ſçu, ou non, la révocation, avant que d'avoir accepté la promeſſe. Si la révocation s'adreſſe au porteur de la parole, & que celui à qui il a expoſé ſa commiſſion ait accepté la promeſſe avant que d'en ſçavoir la révocation, le Promettant eſt obligé de tenir ſes engagemens, ſoit que celui qu'il avoit chargé de les ſignifier ait reçu le contre-ordre avant ou après l'acceptation. Tout ce qu'il y a, c'eſt que, ſi le porteur de la parole l'a donnée malgré le contre-ordre, on peut s'en prendre à lui comme s'étant mal acquitté de ſa commiſſion. Que ſi la révocation s'adreſſe à celui-là même en faveur de qui on avoit voulu s'engager, & qu'il ait déja accepté la promeſſe avant que d'avoir reçu la révocation; il faut voir alors ſi l'on a eu deſſein de s'engager au cas que la promeſſe fût une fois acceptée, ou ſeulement ſuppoſé que l'on eût eu avis de l'acceptation; car il eſt clair que l'on ne peut alors revoquer ſa parole que dans la derniere ſuppoſition. Mais ſi celui à qui on avoit voulu s'engager, a ſçu la révocation de notre volonté avant que d'avoir accepté la promeſſe, l'engagement eſt nul, ſoit que la révocation s'adreſſât au tiers ou à lui-même; car en ce cas-là il y a de la fraude de la part du dernier. Voyez le Chap. VI. de ce Liv. §. 15.

On applique encore cette diſtinction à la queſtion que l'on fait, ſi une Donation eſt valide lorſque le Donateur eſt mort avant que le Donataire l'ait acceptée ? On dit, qu'oüi, ſi celui qui devoit la ſignifier n'eſt qu'un ſimple porteur de la volonté de celui au nom de qui il l'annonce; parcequ'en ce cas-là il ne manque rien de ce qui eſt neceſſaire de la part du Donateur. Mais ſi le tiers fait l'office d'Entremetteur, la Donation eſt nulle (3) car alors elle n'eſt pas accomplie du vivant du Donateur; c'eſt-à-dire, que le Donateur n'a rien offert, mais ſeulement ordonné d'offrir de ſa part. Un Commentateur (c) de GROTIUS ſoûtient pourtant, que dans le dernier cas on eſt à tems d'accepter la Donation après la mort même du Donateur, pourvu que le tiers l'ait notifiée pendant que le Donateur étoit encore en vie. Mais je ne vois pas quel prétexte plauſible on pourroit avoir de ne pas accepter d'abord une Donation qui nous eſt offerte.

(c) *Gaſpar Ziegler*, ſur l'endroit déja cité.

C'eſt par les mêmes principes que GROTIUS croit qu'il faut décider une autre queſtion, agitée parmi les Anciens; ſçavoir, ſi un Procureur peut avoir action de mandement contre un Héritier, au ſujet des dépenſes faites pour l'execution de la commiſſion, après la mort de celui qui l'avoit donnée? (4) Surquoi le Préteur *Marc Druſus* prononça pour l'affirmative; & le Préteur *Sextus Julius*, pour la négative (d).

(d) *Auctor ad Herennium*, Lib. II. Cap. XIII.

*Si l'on peut accepter pour un autre?*

§. V. On demande encore, ſi quelqu'un peut accepter la Promeſſe pour un tiers en faveur de qui elle eſt faite? Et ici l'on voit bien qu'il n'eſt pas queſtion d'une perſonne à qui l'on ait donné charge d'accepter en nôtre nom: car on eſt cenſé avoir fait ſoi-même ce que l'on fait par procureur; & la volonté d'un homme, que l'on a autoriſé à conſentir ſelon qu'il le jugeroit à propos, eſt regardée comme nôtre propre volonté. Il s'agit donc de celui qui accepte la Promeſſe, ſans un ordre du tiers, au profit duquel elle tourne entierement. GROTIUS (a) dit, qu'il faut diſtinguer ſi l'on promet à quelqu'un de donner quelque choſe à un tiers, ou ſi l'on s'engage alors préciſément & directement envers le tiers: c'eſt-à-dire, ſi la Promeſſe eſt conçuë de cette maniere: *Je vous promets de donner telle choſe à un tel*; ou bien ainſi: *Je vous prens à temoin que je promets de lui donner*. Dans le premier cas, l'effet naturel de la Promeſſe eſt, qu'auſſi-tôt que celui à qui l'on a déclaré ſon intention l'a acceptée, il acquiert le droit de faire enſorte que la choſe promiſe paſſe au tiers moyennant qu'il l'accepte auſſi: deſorte que dans cet entre-tems le Promettant ne peut point revoquer ſa parole; mais celui à qui elle a été donnée immédiatement, peut l'en décharger avant que le tiers l'ait acceptée. Ainſi le ſens d'une telle Promeſſe ſe réduit à ceci: *Je donnerai à un tel, ſi vous le voulez*. Il ſemble donc qu'il

(a) Liv. II. Chap. XI. §. 18.

(3) Voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XI. §. 17. *Note* 5.

(4) C'eſt une Régle du Droit Civil, que la Commiſſion eſt finie lorſque celui qui l'a donnée vient à mourir avant qu'elle ſoit exécutée; & cela quand même il auroit expreſſément ordonné à ſon Procureur de faire telle ou telle choſe après ſa mort; à moins qu'il ne s'agiſſe de lui bâtir un Tombeau, ou d'acheter une Terre pour cet effet. C'eſt ce que Mr. NOODT a très-bien fait voir, contre l'opinion des plus célebres Juriſconſultes, dans ſes *Obſervations*, Lib. II. Cap. I. II. III. IV. Mais cela étoit fondé ſur de pures ſubtilitez de la Juriſprudence Romaine. A ne conſiderer que le Droit Naturel, il faut décider la queſtion par d'autres principes. Tout conſiſte à voir ſi la nature de la choſe & les circonſtances font croire vraiſemblablement que celui qui a donné une commiſſion a prétendu qu'elle s'exécutât même après ſa mort; car en ce cas-là, & le Procureur doit l'exécuter, & les autres perſonnes intéreſſées ne doivent pas s'y opposer. On ſuppoſe encore ici, que le Procureur ſçache la mort de celui qui l'avoit chargé de la commiſſion; car s'il l'ignore, ce qu'il a fait & exécuté pendant ce tems-là eſt valide, même par le Droit Civil, qui ſuit ici les principes de l'Equité. *Nam mandatum ſolvitur morte* [ *mandatoris* ] *: ſi tamen per ignorantiam impletum eſt, competere actionem utilitatis cauſa dicitur.* DIGEST. Lib. XVII. *Mandati vel contra*, Leg. VI. XX. *princ.* Voyez les INSTITUTES, Lib. III. Tit. XXVII. §. 10.

dépende alors de celui à qui l'on a promis en faveur d'autrui, de procurer ou d'empêcher l'effet de cette Promeſſe ; ou du moins de faire enſorte qu'il ne parvienne point au tiers par ſon canal : car ſi le Promettant veut abſolument donner ce qu'il a promis, il pourra bien prende quelque autre voye. Mais lorſque celui à qui l'on s'eſt engagé perſiſte dans l'acceptation des offres qu'on lui a faites pour l'avantage d'un tiers, on ne peut plus ſe dédire, avant que la Promeſſe ſoit venue à la connoiſſance du tiers : & ſi celui-ci accepte la Promeſſe, elle eſt alors pleinement valide, ſelon le Droit Naturel. Les Loix Romaines néanmoins déclarent nulle (1) toute ſtipulation faite uniquement (2) au profit d'un tiers, à moins qu'elle ne ſoit accompagnée d'une peine. Car diſent les Juriſconſultes, les Stipulations ont été établies afin que chacun acquiere pour ſoi-même quelque choſe d'où il lui revienne de l'utilité. Or qu'importe-t-il au Stipulant, que l'on donne à un autre ? Mais quand on ſtipule une peine, comme, par exemple : *Si vous ne donnez cent Ecus à un tel, vous m'en payerez à moi quatre-vints ;* on acquiert par-là le droit d'exiger pour ſoi-même quatre vints Ecus, au cas que le Promettant ne donne pas les cent qu'il promet au tiers. Ce n'eſt-là néanmoins qu'une Loi Poſitive, ſagement établie pour prévenir la multitude des procez ; car les Juges auroient pû ſe plaindre avec raiſon de l'importunité d'un Plaideur, qui ſeroit venu leur rompre la tête, & faire querelle à d'autres pour des choſes où il n'avoit aucun intérêt. J'avoue que l'on trouve quelque avantage à ſervir d'inſtrument pour procurer un bienfait à une perſonne, puiſque par-là on la met dans l'obligation de nous en témoigner de la reconnoiſſance. Mais on n'a pas jugé à propos d'accorder action en Juſtice pour demander au nom d'un autre un bienfait que l'on ne pouvoit pas exiger à la rigueur en ſon propre nom, ni d'uſer d'aucune contrainte pour donner occaſion à une perſonne d'en obliger une autre aux dépens d'un tiers. Voilà pour le premier ſens, ſur le pié duquel on peut promettre quelque choſe en faveur d'un tiers.

Mais lorſque le Promettant s'exprime ainſi, *Je vous promets*, ou, *je vous prens à temoin que je donnerai telle choſe à un tel ;* ſi l'on n'a point d'ordre d'accepter la Promeſſe au nom de celui en faveur de qui elle eſt faite, quoique l'on acquieſce à ces paroles, on n'acquiert aucun droit ni pour ſoi-même, ni pour l'autre dont on n'a

§. V. (1) *Alteri ſtipulari . . . nemo poteſt. Inventæ enim ſunt hujuſmodi* [*ſtipulationes vel*] *obligationes ad hoc ut unuſquiſque adquirat ſibi, quod ſua intereſt. Ceterùm ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris. Planè ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet : ut niſi ita factum ſit, ut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt. Pœnam enim cùm ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quid interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis* [*ita*] *ſtipuletur*, TITIO DARI, *nihil agit : ſed ſi adjecerit pœnam*, NISI DEDERIS, TOT AUREOS DARE SPONDES ; *tunc committitur ſtipulatio* INSTITUT. *Lib.* III. Tit XX. *De inutil. ſtipulat.* §. 19.

(2) Car les Juriſconſultes Romains tiennent pour valide une Stipulation en faveur d'un tiers, lorſque celui qui ſtipule ainſi a intérêt qu'on donne ou qu'on faſſe ce qu'on promet. C'eſt alors la même choſe que s'il ſtipuloit pour lui-même. On allégue là-deſſus l'exemple d'un Tuteur, qui en cedant à un autre l'adminiſtration de la Tutele qu'ils ont en commun, lui fait promettre qu'il menagera bien les intérêts du Pupille. Il en eſt de même lorſqu'une perſonne ſtipule qu'on donnera telle ou telle choſe à ſon Commis ; ou qu'un Débiteur ſtipule quelque choſe pour ſon Creancier, afin de n'être pas obligé lui-même à payer ce qu'il s'eſt engagé de lui donner s'il ne s'acquittoit pas au bout d'un certain terme, ou pour empêcher que le Créancier ne vende une choſe engagée pour la dette. *Sed & ſi quis ſtipuletur alii, cùm ejus intereſſet, placuit ſtipulationem valere. Nam ſi is, qui pupilli tutelam adminiſtrare cœperat, ceſſerit adminiſtrationem contutori ſuo, & ſtipuletur rem pupilli ſalvam fore : quoniam intereſt ſtipulatoris fieri, quod ſtipulatus eſt, cùm obligatus futurus ſit pupillo, ſi malè res geſſerit ; tenet obligatio. Ergo & ſi quis procuratori ſuo dari ſtipulatus ſit, habebit vires ſtipulatio. Et ſi creditori ſuo quis ſtipulatus ſit, quod ſua intereſt, ne fortè vel pœna committatur, vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant ; valet ſtipulatio.* Inſtit. Lib. III. Tit. XX. *De inutilib. ſtipul.* §. 19. Ainſi il n'étoit pas néceſſaire que Mr. THOMASIUS (*Inſtit. Juriſpr. Divin.* Lib. II. Cap. VII. §. 119.) critiquât notre Auteur, comme ayant omis cette diſtinction, qu'il ſuppoſe manifeſtement.

pas encore l'aveu. Ainſi il eſt indifferent que l'on agrée, ou non, ces ſortes d'offres qui ne ſont pas faites directement à nous-mêmes. Celui qu'elles regardent ne les ayant pas acceptées, & par conſéquent n'ayant acquis par-là aucun droit, le Promettant eſt libre de tenir ou de retirer ſa parole, quoiqu'il ne puiſſe pas toûjours ſe dédire ſans légéreté & ſans un manque de ſincerité.

Les *Heritiers* ne peuvent pas accepter valablement *au nom du Défunt*.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XI. §. 16. num. 2.

§. VI. Il eſt certain encore que ſi celui à qui l'on avoit promis quelque choſe par Lettres, ou par une perſonne envoyée exprès, eſt venu à mourir avant que d'avoir accepté nos offres, ſes Héritiers ne ſauroient accepter pour lui; & qu'ainſi on a droit de révoquer ſa parole. (a) Car en ce cas-là on eſt cenſé avoir prétendu que l'acceptation ſe fît par le Défunt, & non pas par ſes Héritiers, & il n'y a pas préſomption que l'on ait voulu tenir la Promeſſe nonobſtant la mort de celui en faveur de qui l'on s'eſt engagé. En effet, on veut ſouvent donner à quelqu'un une choſe qui eſt de nature à entrer dans la ſucceſſion de ſes biens, laquelle néanmoins on ne donneroit pas immédiatement aux Héritiers mêmes, (1) & il importe beaucoup à chacun d'obliger qui il lui plaît.

Des *conditions onereuſes que l'on ajoûte à une Promeſſe*.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XI. §. 19.

§. VII. Enfin on demande, ſi le Promettant peut ajoûter à ſa Promeſſe quelque charge, ou quelque condition onéreuſe (a)? Il n'y a point de doute qu'en faiſant la Promeſſe on ne puiſſe d'abord y appoſer telles conditions que l'on juge à propos; mais après qu'elle a été une fois notifiée & offerte à celui en faveur de qui l'on s'eſt engagé, on ne peut y rien ajoûter, fût-ce (1) une Donation pure & ſimple, que quand elle n'eſt pas encore conſommée par l'acceptation, ni renduë irrévocable par une déclaration expreſſe de la neceſſité qu'on s'impoſe de perſiſter dans ſa réſolution. Car, ſans cela, l'autre n'ayant acquis aucun droit, le Promettant a la liberté de révoquer entierement ſa Promeſſe, & à plus forte raiſon d'y ajoûter quelque charge, ou d'y faire tel changement que bon lui ſemble. Que ſi lon a inſeré dans une Promeſſe quelque condition onéreuſe à celui en faveur de qui l'on s'engage, mais avantageuſe à un tiers; comme, par exemple, celle-ci: *Je vous donnerai cent Ecus, pourvû que vous fourniſſiez à un tel pendant un an ce qui eſt neceſſaire pour ſes Etudes:* en ce cas-là on peut auſſi révoquer la condition, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers, parcequ'avant cela il n'a acquis aucun droit.

Combien il y a de ſortes de *Conventions* en general.

§. VIII. On peut diſtinguer deux ſortes de *Conventions* en general: les unes, d'où il provient un droit qui tourne à l'avantage de tout le Genre Humain: les autres, d'où il naît un droit qui n'apporte de l'utilité qu'à certaines perſonnes en particulier. En effet, la Vie des Hommes auroit été bien ſimple & bien groſſiere, ſi à ce qu'ils tiennent de la Nature ils n'euſſent eux-mêmes ajoûté divers établiſſemens qui leur procurent mille agréables commoditez, & qui rendent la Societé plus belle. Les (1) principaux ſont l'uſage de la Parole; la Proprieté des biens; le

§. VI. (1) L'Auteur citoit ici cette Loi: Neratius *conſultus, an, quod beneficium dare ſe, quaſi viventi, Cæſar reſcripſerat, jam defuncto dediſſe exiſtimaretur? Reſpondit, non videri ſibi, Principem, quod ei, quem vivere exiſtimabat, conceſſiſſet, defuncto conceſſiſſe; quem tamen modum eſſe beneficii ſui vellet, ipſius æſtimationem eſſe.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſ. reg. Juris*, Leg. CXCI. Voyez, ſur ce cas, qui apparemment ſe rapportoit à certains articles de la *Loi Julienne & Papienne Poppéenne*, le beau Traité de Mr. Heineccius, qui a paru en 1726. *Lib.* III. *Cap.* III. pag. 387.

§. VII. (1) *Perfecta donatio conditiones poſtea non capit.* Cod. *Lib.* VIII. Tit. LV. *De donation. quæ ſub modo*, &c. Leg. IV.

§. VIII. (1) Mr. Titius (*Obſerv.* CCXLI.) trouve ici pluſieurs choſes à reprendre. Je me contente de remarquer ce qui m'en paroit bien fondé. I. Tous les Devoirs de la *Sociabilité*, dont notre Auteur traite dans la ſuite, découlent des trois generaux que nous avons indiquez ci-deſſus, Chap. I. §. 1. *Note* 3. & n'en ſont que des conſéquences appliquees aux divers objets qui ſe préſentent dans la Vie Civile: conſequences

le PRIX des choſes ; & le GOUVERNEMENT HUMAIN : tous établiſſemens qui ſuppoſent quelque Convention univerſelle, ou expreſſe, ou tacite, par laquelle ils ont été rêvetus d'une certaine forme, & qui tous auſſi ſont de telle nature, que l'ordre & le repos de la Societé Humaine les demandoit néceſſairement depuis que les Hommes ſe furent multipliez. Après avoir donc traité en general de la nature des Conventions, il faut maintenant rechercher l'origine & le fondement particulier de chacun de ces établiſſemens, pour tirer de là les *Devoirs Conditionnels du Droit Naturel*, qui en reſultent.

conſéquences d'où il réſulte des maximes qui ont lieu, ou ſans ſuppoſer autre choſe que la qualité d'Homme, ou en ſuppoſant quelque fait & quelque établiſſement humain. Deſorte que les établiſſemens, dont parle l'Auteur, ſont la matiere des *Devoirs du Droit Naturel*, tant *Abſolus* que *Conditionnels*. II. Tous les établiſſemens, dont notre Auteur va traiter, ne ſont pas fondez ſur quelque Convention. L'introduction & l'uſage de la *Parole* en general ne dépend d'aucune Convention, ni expreſſe, ni tacite ; ſi par *Convention* on entend un conſentement obligatoire en lui-même & indépendamment de toute autre choſe, comme on le ſuppoſe ici. Voyez ce que je dirai ſur le Chap. I. du Liv. ſuivant, §. 5. *Note* 1. La *Proprieté des biens* n'eſt pas non-plus originairement fondée ſur quelque Convention, comme on le fera voir ſur le Chap. IV. du même Livre, §. IV. *Note* 2.

*Fin du Troiſiéme Livre.*

# LE DROIT DE LA NATURE ET DES GENS.

## LIVRE QUATRIÉME,

Où il eſt traité de la nature du Menſonge, du Serment; du droit de Proprieté, & des différentes manieres d'Acquiſition.

---

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des Devoirs qui concernent l'uſage de la* PAROLE.

§. PREMIER.

Quel uſage il faut faire de la *Parole*.

QUAND on n'auroit pas d'ailleurs dequoi ſe convaincre ſuffiſamment que l'Homme eſt né pour la Societé, il ne faudroit que conſiderer l'avantage qu'il a pardeſſus le reſte des Animaux, de pouvoir faire connoître à autrui ſes propres penſées à la faveur de certains ſons articulez; car ſans l'uſage qu'on en retire pour l'entretien du commerce avec ſes ſemblables, je ne vois pas dequoi nous ſerviroit cette faculté. *Comme* (1) *la Nature ne fait rien en vain*, diſoit ARISTOTE, *l'Homme eſt le ſeul de tous les Animaux à qui elle ait donné la* PAROLE; (c'eſt-à-dire, la faculté de produire certains ſons articulez, non comme les Perroquets, en repetant ſimplement un ſon étranger qui eſt venu frapper l'organe de l'Ouïe, mais en attachant certaines idées aux termes que l'on prononce, ou que l'on entend prononcer: Faculté à la faveur de laquelle on peut s'inſtruire les uns les autres, donner très-commodément des ordres, ou comprendre ceux que l'on reçoit; ſans quoi il n'y auroit parmi les Hommes que peu ou point de commerce, de paix & de diſcipline). *Car*, ajoûte ce

§. I. (1) Οὐθὲν γὰρ, ὥς φαμεν, μάτην ἡ φύσις ποιεῖ. λόγον δὲ μόνον ἄνθρωπος ἔχει τῶν ζώων. ἡ μὲν οὖν φωνὴ, τοῦ ἡδέως καὶ λυπηροῦ ἐστι σημεῖον. διὸ καὶ τοῖς ἄλλοις ὑπάρχει ζώοις. μέχρι γὰρ τούτου ἡ φύσις αὐτῶν ἐλήλυθεν, ὥστε αἰσθάνεσθαι τοῦ λυπηροῦ καὶ ἡδέως, καὶ ταῦτα σημαίνειν ἀλλήλοις. ὁ δὲ λόγος ἐπὶ τῷ δηλοῦν ἐστι τὸ συμφέρον καὶ τὸ ἄδικον. τοῦτο γὰρ πρὸς τὰ ἄλλα ζῶα τοῖς ἀνθρώποις ἴδιον, τὸ μόνον ἀγαθοῦ καὶ κακοῦ, καὶ δικαίου καὶ ἀδίκου, καὶ τῶν ἄλλων αἴσθησιν ἔχειν. ἡ δὲ τούτων κοινωνία, ποιεῖ οἰκίαν καὶ πόλιν. ARISTOT. *Politicor.* Lib. I. C. II. p. 298. B. C. *Edit. Pariſ.*

Philoſophe, *les Cris*, c'eſt-à-dire, les ſons inarticulez, *ne marquant que ce qui eſt agréable ou deſagréable, ſe trouvent auſſi dans les autres Animaux, dont les facultez naturelles vont ſeulement juſqu'à les rendre capables de ſentir ce qui les incommode, ou ce qui leur plaît, & de ſe le donner à connoître les uns aux autres*, (d'où vient que tous les cris des Bêtes ſont purement naturels, & ne dépendent pas comme la parole de quelque inſtitution arbitraire.) (a) *Mais la Parole eſt deſtinée à faire connoître l'utilité & le nuiſible, & par conſequent le juſte & l'injuſte; car l'Homme eſt doué de cet avantage pardeſſus les autres Animaux, qu'il a lui ſeul les idées du bon & du mauvais, du juſte & de l'injuſte, & d'autres choſes ſemblables, dont le commerce forme les Familles & les Etats.* De-plus, le ſecours d'autrui étant très-neceſſaire pour ſuppléer à la foibleſſe où chacun ſe trouve naturellement par lui-même, & perſonne cependant ne pouvant ſe diſpoſer à nous ſecourir, s'il ne ſçait dequoi nous avons beſoin; il n'y a point de moyen plus prompt ni plus commode pour le faire connoître à ceux qui ont dequoi y contribuer, que d'employer quelques ſignes ſenſibles, & ſurtout des ſons articulez. Mais afin que cet admirable inſtrument, le plus utile de tous à la vie humaine, produiſe l'effet auquel il eſt deſtiné, & de-peur qu'en abuſant de ſa langue, l'Homme ne devienne moins ſociable que s'il gardoit le ſilence, ou qu'il fût abſolument incapable de parler; on doit tenir pour une maxime inviolable du Droit Naturel : De ne tromper jamais personne par des paroles, ni par aucun autre signe établi pour exprimer nos pensées.

(a) Voyez *Iſocrat. in Nicocle*, init. *Sophocl.* Oedip. col. *verſ.* 1182, 1183. pag. 310. *Edit. Steph. Plin.* Hiſt. Nat. VII. 1. XI. 51. in fin. *Quintil.* Inſt. Orat. Lib. II. Cap. XVI. *Garcilaſſe de la Vega*, Hiſtoire des Yncas Rois du Perou. Liv. VII. Chap. I.

Combien il y a de ſortes de *Signes*.

§. II. Pour reprendre la choſe dès le commencement, il faut ſçavoir que les objets ſenſibles ne nous avertiſſent pas ſeulement de leur préſence par l'impreſſion qu'ils font ſur nos organes; mais que chacun d'eux peut nous fournir encore occaſion de parvenir à la connoiſſance de quelqu'autre, ſoit à cauſe de la reſſemblance ou de la liaiſon naturelle qu'il y a entr'eux, ſoit parceque, ſans qu'il y ait aucun rapport naturel, les Etres intelligens ont attaché à certaines choſes quelque idée qui en reveille d'autres auſſi-tôt qu'elle ſe préſente à notre eſprit. De là naît la diſtinction des *Signes naturels*, & des *Signes d'inſtitution.*

Il y a dans l'Univers une infinité de *Signes naturels*, comme l'*Aurore*, par rapport au lever du *Soleil*; la *Fumée*, par rapport au *Feu*, &c.

Les *Signes d'inſtitution* ſont attachez par les Hommes, ou aux *Choſes*, ou aux *Actions*, ou à certains *Mouvemens*, ou aux *Mots*; c'eſt-à-dire, à ces ſons articulez que la Langue forme, & que l'on exprime enſuite ſur le papier par des Lettres. De ces ſignes, les uns ſont établis par tout le Monde; les autres parmi la plûpart des Hommes; & les autres chez quelques-uns ſeulement.

On peut mettre au nombre des *Signes attachez aux Choſes*, les *Fanaux* que l'on allume la nuit ſur quelque lieu élevé, pour guider les Vaiſſeaux dans leur route. C'eſt par le moyen de ces ſortes de Feux que *Nauplius*, (1) voulant autrefois venger la mort de ſon fils *Palaméde*, trompa les *Grecs* qui ſe trouvoient ſur mer battus d'une furieuſe tempête, & fit briſer tous leurs Vaiſſeaux contre le promontoire de *Capharée* (a). Les Baliſes qui ſervent à diriger pendant le jour le cours des Vaiſſeaux, & à montrer les Ecueils ou les Bans de ſable, ſont encore de cet ordre, auſſi-bien que les marques qu'on met ſur les grands chemins, comme étoient autrefois les *Statues de Mercure*, ou les *Mains* qu'on voit encore aujourd'hui en quelques endroits, &

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XLVII. Tit. IX. *De incendio, ruina, naufragio*, &c. Leg. X. où l'on défend quelque choſe de ſemblable.

§. II. (1) Cela eſt rapporté par Hygin, Fab. CXVI.

autres choſes ſemblables. Les anciens *Perſes* annonçoient certaines choſes en très-peu de tems par tout leur Empire, à la faveur de (2) quelques Feux qu'ils allumoient ſur les hauteurs (b). Les *Japonois* ont dans chaque maiſon un (c) Cor dont ils ſe ſervent pour donner un certain ſignal. On trouve par tout Pays une infinité de ces ſortes de ſignes, qui font connoître certaines choſes aux Citoyens; par exemple, les *Horloges*, le *ſon des Cloches*, une *Hallebarde*, du *Lierre*, les *Tableaux* ou *Enſeignes* qu'on met audevant des maiſons; & dans la guerre, le ſon des *Trompettes*, celui du *Tambour*, le bruit du *Canon*, un *Etendart déployé*, &c.

Il n'eſt point de lieu où l'on ne remarque certains *geſtes* & certains *mouvemens*, établis pour ſignes de certaines choſes. Parmi la plus grande partie du monde, c'eſt faire honneur à quelqu'un que de lui donner le haut du pavé, de ſe lever de ſa place quand il vient ou qu'il s'en va, de lui faire la reverence, de lui baiſer la main. Mais de ſaluer en ſe découvrant la tête, & de quitter ſes ſouliers, cela paſſe en quelques endroits pour un honneur, & en d'autres pour une marque de mépris. Il y a des Pays, où c'eſt un outrage que de montrer à quelqu'un le doigt du milieu, de lever le nez avec la main, de *faire* (3) *la figue*, comme parlent les *Italiens*. Tirer le poil de la barbe eſt en quelques endroits une injure, & en d'autres, par exemple, chez les *Tartares*, chez quelques *Indiens*, & chez les anciens (d) *Gaulois*, c'eſt une civilité. Il eſt très-ordinaire, ſurtout lorſqu'on ſe trouve en Païs étranger ſans en entendre la langue, d'exprimer par quelque geſte l'envie qu'on a de faire certaines actions qui demandent un pareil mouvement du corps. On a de coûtume preſque partout de baiſſer un peu la tête, pour ſigne que l'on affirme ou que l'on approuve; de la branler des deux côtez, pour donner à entendre que l'on nie ou que l'on deſapprouve; & de tourner le dos, pour faire connoître que l'on refuſe ou que l'on rejette. Pour ce qui eſt de montrer au doigt quelque lieu, ou d'étendre la main vers une choſe pour la déſigner, c'eſt peut-être un Signe Naturel plûtôt qu'un Signe arbitraire. A l'égard des Signes de tête, & des mouvemens des yeux, des doigts, ou des pieds, par où l'on donne à connoître certaines choſes, ſelon qu'on en eſt convenu avec certaines perſonnes; (4) cela eſt trop connu pour nous y arrêter (5).

(b) *Barclai*, in *Argen.* fait alluſion à cette coûtume, *Lib. I.* p. 34, 35. *Edit. Amſt.* 1664. Voyez d'autres exemples d'un ſignal donné par ces ſortes de feux, dans *Polyb.* Lib. X. Cap. XXXIX. *& ſeqq.* *Jul. African.* Κεςῶν Lib. II. Cap. pen. *Caſaubon.* Epiſt. 812. *Edit. Græv.* (1065. *Edit. Almelov.*)

(c) *Ferdin. Pinto.* Cap. LXI.

(d) On le conjecture d'un paſſage de *Tite-Live*, Lib. V. Cap. XLI.

(2) *Ex eo numero erant excurſores diurni, atque nocturni exploratores, & nuntii ſpecularum incenſores aſſidui. Tum horum per vices incenſæ faces, ex omnibus regni ſublimibus locis, in uno die Imperatori ſignificabant quod erat ſcito opus.* C'eſt ainſi qu'APULE'E rapporte le fait, *de Mundo*, pag. 69, 70. *Edit. Elmenh.* 1624. après ARISTOTE, *de Mundo*, Cap. VI. pag. 611. C. *Edit. Pariſ.* qui dit que par ce moyen le Roi ſçavoit chaque jour ce qui ſe paſſoit de nouveau dans tous ſes Etats, & non pas ſeulement *certaines choſes*, comme s'exprime notre Auteur, qui ne cite perſonne: Ὥςε τὸν βασιλέα γινώσκειν αὐθημερὸν πάντα τὰ ἐν τῇ Ἀσίᾳ καινυργυμένα. BRISSON, *de Regno Perſ.* page 49. *Edit. Sylb.* où il corrige, à ce qu'il dit, le paſſage d'APULE'E ſur la foi des Mſſ. a néanmoins omis ces mots, *nuntii ſpecularum incenſores aſſidui. Tum horum.* Au reſte, on ſe ſert encore aujourd'hui, en *Suiſſe*, de la même voye, pour avertir de l'approche des Ennemis, & pour faire mettre les Milices ſous les armes.

(3) Les Dictionnaires marquent le ſens & l'origine de cette expreſſion: ſurquoi l'on peut voir ALBERT KRANTZ. *Saxon*, Lib. VI. Cap. 36. où l'hiſtoire eſt racontée.

(4) Mr. HERTIUS rapporte d'autres exemples de mouvemens établis pour ſignes de certaines choſes. Mais tout cela eſt aſſez hors d'œuvre dans un Ouvrage comme celui-ci; il faut renvoyer de pareilles remarques à un Traité Hiſtorique, ou du moins n'en faire uſage qu'autant que le demande l'éclairciſſement de certains cas particuliers.

(5) L'Auteur remarquoit ici, que du tems de *Néron* il y eut un habile Pantomine, qui repréſentoit ſi bien en danſant la Fable des amours de *Mars* & de *Venus*, que ceux qui étoient préſens croyoient voir la choſe même, & qu'un Prince étranger pria l'Empereur en prenant congé de lui, de lui faire préſent de ce fameux Baladin, pour lui ſervir de truchement par ſes geſtes. LUCIAN. *de Saltat.* Tome I. page 807. Edit. Amſt. Mr. *de Sancy*, Ambaſſadeur de *France* à la *Porte*, dit avoir vû en *Turquie* deux Muets, l'un Turc, l'autre Perſan, qui ne pouvant s'entendre l'un l'autre à cauſe de la diverſité des ſignes & des geſtes dont ils ſe ſervoient, en trouverent un troiſiéme qui leur ſervit de truchement à tous deux. Voilà qui eſt beau; mais ſi l'Auteur s'étoit diſpenſé de rapporter ici ces deux petits contes, je ne crois pas que les Lecteurs euſſent trouvé qu'il y manquât rien.

De l'origine de la *Parole.*

§. III. Mais le Signe le plus commun, & en même tems le plus utile aux hommes, c'eſt la *Parole* qui a été inventée pour s'entre-communiquer ſes penſées. C'eſt auſſi celui dont nous devons traiter ici principalement, & dont il faut rechercher d'abord l'origine. On a débité là-deſſus bien des fables, faute de ſçavoir au vrai d'où étoit ſorti le Genre Humain. Ecoutons un Poëte Philoſophe. (1) *La Nature, dit-il, inſpira aux Hommes de former, par le mouvement de leur Langue, pluſieurs ſons différens; & les beſoins de la Vie furent cauſe que l'on donna à chaque choſe ſon nom, à-peu-près comme on voit les Enfans montrer au doigt les choſes qu'ils ont devant leurs yeux, & qu'ils veulent déſigner, ſuppléant ainſi à l'incapacité où ils ſont de ſe faire entendre par des ſons articulez. . . . . Il eſt donc ridicule de s'imaginer, que dans le commencement il ſe ſoit trouvé quelqu'un qui ait impoſé des noms aux choſes, & fait part enſuite de cette belle découverte au reſte du Genre Humain. Car d'où vient que cet homme-là auroit eu l'adreſſe de former diverſes infléxions de ſa Langue, & de donner des noms à tout, ſans que les autres puſſent en faire autant? D'ailleurs, ſi avant lui perſonne n'avoit eu l'uſage de la Parole, d'où peut-on avoir connu ſon utilité? Qui a donné à ce prétendu inventeur la faculté de faire le premier connoître aux autres ſes ſentimens & ſes penſées? Il lui étoit impoſſible d'en venir à bout par la voye de la force: car le moyen qu'un ſeul homme, quand même il auroit dompté tous les autres, les obligeât à apprendre & à employer malgré eux le nom dont il prétendoit appeller chaque choſe? Que s'il eût voulu les y porter par la voye de la perſuaſion, toutes ſes inſtructions auroient été inutiles à qui n'auroit pas voulu les écouter. Or la docilité, ſelon toutes les apparences, n'étoit point de ce ſiécle-là, & les Oreilles n'auroient jamais ſouffert les ſons de la Voix, s'ils leur euſſent été abſolument inconnus.* Le Poëte ajoûte que, *les Bêtes ayant la faculté d'exprimer par différens cris les divers mouvemens de leur ame, il ne faut pas s'étonner ſi les Hommes, à qui la Nature avoit donné une Voix & une Langue, inventerent divers noms pour marquer les différentes idées qu'ils avoient des choſes* (a). Par toutes ces raiſons il paroît que Lucrece a eu en vûë de réfuter Platon, (2) qui ſoûtenoit (b), que celui qui a le premier impoſé des noms aux choſes, doit avoir été un Génie tranſcendant: de quoi nous parlerons tout à l'heure. Et au fond, quand on s'imagine, comme faiſoient ces gens-là, que les premiers Hommes ſont ſortis de la Terre, *avec une* (c) *forme hideuſe, peu différente de celle du reſte des Animaux, & ſans pouvoir parler*; on ne peut guéres mieux raiſonner ſur l'origine des Langues: car il eſt clair qu'il n'y en a aucune qui ſoit naturelle à l'Homme, & qu'elles s'appren-

(a) Voyez *Diog. Laërt* Lib. X. §. 75, 76. *Edit. Amſt. Vitruvius, de Architectura*, Lib. II. Cap. I.

(b) *In Cratylo.*

(c) *Horat.* Satyr. Lib. I. Sat. III. 100.

§. III. (1) *At varios linguæ ſonitus Natura ſubegit*
*Mittere, & utilitas expreſſit nomina rerum:*
*Non alia longè ratione, atque ipſa videtur*
*Protrahere ad geſtum pueros infantia linguæ,*
*Cùm facit, ut digito, quæ ſint præſentia, monſtrent.*
. . . . . . . .
*Proinde putare aliquem tum nomina diſtribuiſſe*
*Rebus; & inde homines dediciſſe vocabulas prima,*
*Deſipere eſt: nam cur hic poſſet cuncta notare*
*Vocibus, & varios ſonitus emittere linguæ;*
*Tempore eodem alii facere id non quiſſe putentur?*
*Præterea, ſi non alii quoque vocibus uſi,*
*Inter ſe fuerant; unde inſita notities eſt*
*Utilitatis? & unde data eſt huic prima poteſtas,*
*Quid vellet, facere ut ſcirent, animoque viderent?*
*Cogere item plures unus, victoſque domare*
*Non poterat, rerum ut perdiſcer, nomina vellent;*
*Nec ratione docere ulla, ſuaderéque ſurdis,*
*Quid ſit opus facto: faciles neque enim paterentur;*
*Nec ratione ulla ſibi ferrent amplius aures*
*Vocis inauditos ſonitus obtundere fruſtra.*
*Poſtremò quid in hac mirabile tantopere eſt re,*
*Si genus humanum, cui vox, & lingua vigeret,*
*Pro vario ſenſu varias res voce notaret,*
*Cùm pecudes mutæ, cùm denique ſæcla ferarum*
*Diſſimiles ſoleant voces variaſque ciére,*
*Cùm metus aut dolor eſt, & cùm jam gaudia gliſcunt?*

Lucret. *Lib.* V. verſ. 1027. & *ſeqq.* Nôtre Auteur citoit encore Diodore de Sicile, Lib. I. page 8. *Edit. Rhodom.* Cap. 8. Voyez auſſi la *Rhétorique du P.* Lamy, Liv. I. Chap. XIII.

(2) Qui en cela, comme en bien d'autres choſes, ſuivoit les idées de *Pythagore*. Voyez Cicer. Tuſc. Diſputat. *Lib.* I. *Cap.* XXV. & là-deſſus la Note de Mr. Davies.

nent toutes par l'Uſage ou par l'Etude. De là vient que les Sourds de naiſſance ſont auſſi muets, & que l'on tient pour un miracle de voir un tel Sourd apprendre à parler; comme il eſt arrivé, dans ce ſiécle, à *Dom Velaſco*, frére du Connétable de *Caſtille*, que l'on dreſſa à parler, à écrire, à lire, & à entendre les Auteurs; & comme depuis peu Mr. *Wallis* en a fait voir une expérience à *Oxford*. Il ne paroît pas même vraiſemblable que dès le commencement un ſeul Homme ait inventé une Langue toute entiere, ni imaginé cette combinaiſon infinie de mots, & la convenance arbitraire qu'ils ont avec les choſes. Auſſi voyons-nous que la plûpart des Chrétiens, fondez ſur l'autorité inconteſtable de l'Ecriture Sainte, croyent que les premiers Hommes reçurent par (3) infuſion la premiere Langue immédiatement de DIEU même, & qu'enſuite leurs Deſcendans l'apprirent par l'uſage; mais que la diverſité des Langues fut produite (4) par un miracle, lorſque les Hommes voulurent bâtir la Tour de *Babylone* contre la volonté de DIEU (d). Il y a néanmoins des gens qui doutent ſi la Langue d'*Adam* fut d'abord parfaite, & aſſez abondante pour exprimer toutes ſortes d'idées; doute que l'on fonde ſur ce que l'Ecriture Sainte ne parle expreſſément que des noms qu'*Adam* impoſa aux Animaux. Il eſt certain du moins, que la plûpart des Langues ont été, dans leurs commencemens, très-ſimples & très pauvres, & qu'elles ne ſe ſont enrichies ni embellies qu'avec le tems; qu'elles ont même paſſé par de grandes révolutions, & que leur corruption ou leur mélange a formé dans ces derniers ſiecles pluſieurs Langues toutes nouvelles.

(d) Voyez *Du Pleſſis Mornay*, De la Verité de la Relig. Chrét. Chap. XXVI.

Les Mots ne ſignifient rien que par inſtitution.

§. IV. IL eſt évident que la vertu qu'ont les *Mots* de ſignifier déterminément telle ou telle choſe, c'eſt-à-dire, d'exciter dans l'Eſprit une certaine idée, ne vient pas de la nature ou d'une néceſſité phyſique & interne; mais uniquement de l'inſtitution ou de la volonté humaine (1). Autrement on ne ſauroit rendre aucune raiſon, pourquoi une même choſe eſt également bien exprimée par différens termes, ſelon la diverſité des Langues. Il en faut dire (a) autant des traits & des figures des *Lettres*, ou des caractéres dont on ſe ſert pour écrire. En vain voudroit-on ſe prévaloir ici de l'opinion commune, qui ſuppoſe (2) qu'*Adam*, par l'effet d'une ſageſſe conſommée & d'un diſcernement exquis, donna à chaque Animal un nom tiré de ſa nature & de ſes principales propriétez; enſorte qu'auſſi-tôt qu'on entendoit prononcer ce nom, on apprenoit la nature de l'Animal qui le portoit. Car poſé qu'*Adam* ait donné aux

(a) Voyez *Auguſt. De Doctrina Chriſt.* Lib. II. Cap. XXIV.

(3) C'eſt une choſe que l'Ecriture Sainte ſuppoſe manifeſtement, & qui ne paroit pas plus difficile à concevoir que le miracle fait ſur les Apôtres le jour de la Pentecôte, lorſqu'ils parlerent tout d'un coup des Langues qu'ils n'avoient jamais appriſes. Voyez Mr. LE CLERC ſur *Geneſ.* II. 23. & dans les *Sentimens ſur l'Hiſtoire Crit. de Mr. Simon*, page 422. & ſuiv. & la *Diſſertation préliminaire ſur la Bible, par Mr.* DUPIN, page 122. *Edit. Holl.* comme auſſi Mr. VANDER MUELEN, ſur GROTIUS, Tome. III. page 15.

(4) D'autres ſoûtiennent, peut-être avec plus de fondement, que la *confuſion des Langues*, dont il eſt parlé GENES. XI. n'eſt autre choſe que la diſſenſion qui ſe mit parmi les Hommes, & qui fut cauſe de leur diſperſion; d'où provint dans la ſuite le changement & la diverſité des langues. Le ſtile de la Langue Hébraïque ſouffre cette interprétation, qui a été ſoûtenuë par Mr. LE CLERC, dans les *ſentim. ſur l'Hiſt. Crit. de* Mr. SIMON, page 434. *& ſuiv.* par Mr. VITRINGA, Profeſſeur à *Franeker*, dans ſes *Obſervat. ſacra*; & par Mr. SIMON.

§. IV. (1) Voyez l'*Art de parler*, par le P. LAMI, Livre I. Chap. IV.

(2) C'eſt le ſentiment de PHILON Juif, *de opificio Mundi*, page 34. *Edit. Pariſ.* car Mr. HERTIUS cite ici mal-à-propos un autre paſſage, où il s'agit de l'habileté avec laquelle les LXX. Interprêtes rendirent en Grec l'Original Hébreu, comme le prétend PHILON, qui dit qu'ils trouverent les termes les plus propres à exprimer le ſens des Loix de MOÏSE, *καὶ οὗτοι συντρέχοντα τοῖς πράγμασιν ὀνόματα ἐξεῦρον.* Le dernier mot ſeul devoit faire voir à Mr. HERTIUS, qu'il s'agit de plus d'une perſonne, & qu'il ne falloit pas traduire *adinvenit*, quand la ſuite du diſcours ne ſeroit pas d'ailleurs claire comme le jour. Le paſſage ſe trouve *de Vita Moſis*, Lib. II. page 659. E. Quelques Rabbins, & la plûpart des Interprêtes Chrétiens ſuivent la penſée de *Philon*. Mais rien n'eſt plus mal fondé. Voyez Mr. LE CLERC ſur *Geneſ.* II, 19 & le Pere MALLEBRANCHE, dans ſes *Eclairciſſemens ſur la Recherche de la Verité*, page 387. *Edit. d'Amſterd.*

Animaux, & à quelques autres choſes (on auroit bien de la peine à le prouver de toutes) des noms qui marquoient leur nature, ou leur principale proprieté, il faudra toûjours reconnoître, que les Mots Primitifs, d'où ceux-là étoient dérivez, renfermoient par une pure inſtitution l'idée de la choſe que l'on concevoit en les prononçant, ou les entendant prononcer aux autres. Par exemple, j'avoue qu'*Adam* impoſa à ſa Femme le nom d'*Eve*, à cauſe qu'elle étoit la *Mere de tous les Vivans ;* mais ſi le mot d'*Hava* ſignifie *vivre*, cela vient uniquement de l'inſtitution. D'ailleurs, quoique dans toutes les Langues on donne pour l'ordinaire des noms approchans aux choſes qui ont quelque rapport entr'elles, & que l'on obſerve, dans la plûpart des mots, une conformité d'infléxion & de terminaiſon, qui eſt ce que l'on appelle *Analogie ;* cela n'eſt pas d'un uſage conſtant & perpétuel, y ayant pluſieurs mots qui ſuivent une route toute particuliere : outre que cette Analogie même, qui conſiſte dans une certaine infléxion & une certaine combinaiſon des termes, a été établie par la volonté humaine. *Tout* (3) *ne peut pas être réduit à l'Analogie*, diſoit autrefois un célébre Rhéteur Latin; *& faut-il s'en étonner, puiſqu'elle ſe contredit elle-même en pluſieurs rencontres ?... En effet, elle n'eſt pas deſcenduë du Ciel dès le commencement du Genre Humain, pour établir les Loix du Langage ; mais elle a été inventée depuis la formation des Langues: car alors on remarqua les differentes infléxions ou terminaiſons de chaque mot. Ainſi l'Analogie n'eſt pas fondée ſur la Raiſon, mais ſur les exemples: elle n'eſt pas l'arbitre & la regle ſouveraine du Langage, mais un reſultat des obſervations qu'on a faites ſur l'Uſage établi ; deſorte que l'Analogie elle-même doit uniquement ſon origine à l'Uſage.* (4)

(3) *Sed meminerimus, non per omnia duci Analogiæ poſſe rationem, cùm ſibi ipſa plurimis in locis repugnet..... Non enim cùm primùm fingerentur homines, Analogia demiſſa cœlo formam loquendi dedit : ſed inventa eſt, poſtquam loquebantur, & notatum in ſermone, quid quo modo caderet. Itaque non ratione utitur, ſed exemplo : nec lex eſt loquendi, ſed obſervatio : ut ipſam Analogiam nulla res alia fecerit, quàm conſuetudo.* QUINTILIAN. *Inſtit. Orat.* Lib. I. Cap. VI. page 73, 75. *Edit. Burm.*

(4) Nôtre Auteur auroit pû ſe paſſer de s'étendre ſi fort dans les quatre premiers paragraphes de ce Chapitre, ſur bien des choſes très-évidentes d'elles-mêmes & très-connuës, qui devroient être ſuppoſées plûtôt que prouvées, dans un Ouvrage comme celui-ci. Il y a ſurtout, en cet endroit, une longue réfutation de quelques raiſonnemens qui ſe trouvent dans un des Dialogues de PLATON. Je l'aurois volontiers ſupprimée ; mais n'oſant prendre cette liberté, je me contente de débarraſſer le texte d'une digreſſion aſſez inutile. *Cratyle* ſoûtient donc, au commencement du *Dialogue* qui porte ſon nom, que *le nom de chaque choſe n'eſt pas celui que lui impoſent quelques perſonnes qui conviennent entr'elles de la déſigner par une infléxion particuliere de leur voix :* page 383. A. B. Tome I. *Edit. Steph.* (Ce que j'admets, dit nôtre Auteur, ſi on l'entend de quelque peu de gens, qui pour tromper les autres voudroient donner aux choſes, ou aux perſonnes, des noms differens de ceux qu'elles ont dans l'uſage commun, comme font les Charlatans & les Filoux. Et en ce ſens on oppoſe aux *noms véritables*, ceux que l'on appelle *ſuppoſez*). *Mais*, ajoûte *Cratyle*, ou plûtôt celui qui rapporte ſon ſentiment, *chaque nom a une convenance qui eſt la même par rapport aux idées des Grecs, & par rapport à celles des Barbares :* Cela eſt viſiblement ridicule, comme le ſoûtient auſſi un autre Interlocuteur, nommé *Hermogéne : Je ne ſçaurois*, dit-il, *me perſuader qu'il y ait dans les noms d'autre convenance que celle qui vient des Conventions des Hommes. Tout nom que l'on veut donner à une choſe, eſt ſon véritable nom : & ſi l'on vient à le changer, celui qu'on y ſubſtitue devient dès-lors ſon véritable nom, avec autant de fondement que l'étoit le premier, comme il arrive quand on change le nom de ſes Domeſtiques.* page 384. D. *Edit. Steph.* (265. E. *Edit. Wech.*) Pour moi, continue nôtre Auteur, je ſouſcris à cette penſée : bien entendu qu'on ne faſſe rien au préjudice de la Convention publique ſur l'uſage des mots. *Car*, ajoûte *Hermogéne*, *il n'y a point de nom qui ait un rapport naturel avec la choſe qu'il ſignifie ; mais l'établiſſement de tous les noms doit ſon origine à la Loi & à l'uſage de ceux qui les ont impoſez, & qui ſont accoûtumez à s'en ſervir.* Les preuves que *Socrate* allégue enſuite en faveur de l'opinion de *Cratyle*, ne ſont point du tout ſolides. Par exemple, dit-il, *ſi j'appelle Cheval ce que l'on appelle communément un Homme, une ſeule & même choſe aura le nom d'Homme & celui de Cheval*, page 385. A. *Edit. Steph.* Mais il n'eſt pas difficile de faire évanoüir cette prétenduë abſurdité ; car les termes qui ſont d'un uſage commun, tirent leur ſignification de l'inſtitution publique à laquelle les particuliers ne doivent pas contrevenir d'une maniere qui aille à la détruire, comme nous le prouverons dans la ſuite. C'eſt encore un faux raiſonnement que de dire : *Si un diſcours entier peut être faux, donc les noms, qui en ſont partie, peuvent auſſi être faux.* Car, dans un terme ſeul, il ne ſçauroit y avoir de fauſſeté, telle qu'on la trouve dans une propoſition ou dans un diſcours entier. Tout ce que l'on dit fort au long, dans la ſuite du Dialogue, touchant la convenance ou le rapport que les noms ont les uns avec les autres,

(b) Liv. II. Chap. I. §. 8. num. 1.

Grotius (b) rejette avec raiſon le ſentiment de ceux qui mettent cette difference entre les *Paroles* & les *Choſes*, que les premieres ſont naturellement les ſignes des penſées, & non pas les autres. A la verité, ſi par-là on entendoit ſeulement que les Paroles ont été établies pour être les ſignes des penſées, & qu'ainſi leur nature & leur eſſence conſiſtent à ſignifier quelque choſe, il n'y auroit rien de plus vrai que cette propoſition. Mais ſi l'on veut dire, que la vertu qu'ont les Paroles de ſignifier une certaine idée, vient de la nature même, au lieu qu'il n'en eſt pas de même des choſes : en ce ſens la propoſition eſt très-fauſſe. Il eſt certain au contraire, que le Langage ne ſignifie rien de ſa nature & indépendamment de l'inſtitution humaine, à moins que ce ne ſoit quelque voix confuſe & inarticulée, comme celles que fait pouſſer la douleur, ou comme les éclats de rire ; qui même, à parler proprement, doivent plûtôt être appellez des ſons qu'un véritable langage. Que ſi l'on ſe retranchoit à dire, que l'Homme a naturellement cet avantage pardeſſus le reſte des Animaux, qu'il peut faire connoître à autrui ſes propres penſées, & que c'eſt pour cela qu'on a invente l'uſage de la Parole : on auroit raiſon en cela, il faudroit ſeulement ajoûter, qu'on manifeſte ſes penſées & par des paroles, & par (c) des geſtes, comme l'expérience le fait voir en la perſonne de quelques Muets qui donnent aſſez bien à connoître ce qu'ils penſent. On peut rapporter ici les caractéres dont on ſe ſert pour repréſenter non pas des voix formées & articulées par la Langue, ou des Paroles, mais les choſes mêmes ; ſoit à cauſe de quelque rapport qu'il y a entre ces caractéres, & les choſes qu'ils ſignifient, comme cela ſe voit dans la plûpart des *Hieroglyphes* des *Egyptiens* ; ſoit par un pur effet de l'inſtitution humaine, comme les caractéres des *Chinois*, qui expriment des propoſitions entieres.

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. XXXIII. Tit. X. *De ſupellectile legata*, Leg. VII. §. 2. in fin. & les *Décretales*, Lib. IV. Tit. I. *De ſponſalib.* &c. Cap. XXV. *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. VI. Cap. XXX. *Quintilian.* Inſtit. Orat. Lib. XI. Cap. III. pag. 1012. *Edit. Burm.* *Garcilaſſ. de la Vega*, Hiſt. des Yncas Rois du Perou, Liv. VI. Chap. IX.

Il ne ſera pas mal-à-propos de dire encore ici un mot de cette ſorte d'inſtitution, par laquelle on donne un nom particulier aux Perſonnes, aux Lieux, & à diverſes autres choſes, pour pouvoir diſtinguer un homme d'avec un autre, un Lieu, une Ville, un Païs, d'avec les autres, & pour ſçavoir qui doit paſſer pour avoir fait ou dit telle

n'a lieu que par rapport à quelques mots dérivez, & nullement à l'égard des primitifs. D'ailleurs, les differens mots qui ſignifient une même choſe dans diverſes Langues, ont très-ſouvent, dans une langue, une Etymologie bien differente de celle qu'ils ont dans l'autre. Par exemple, on dit que le mot Grec Θεὸς, qui ſignifie *Dieu*, vient du Verbe Grec θέω, qui veut dire *courir*, parceque les Aſtres qui étoient les ſeules Divinitez reconnues des Anciens, ſont dans un mouvement perpétuel. Mais quel rapport y a-t-il, dans la Langue Latine, entre le mot *Deus*, & le verbe *currere* ? Ἄνθρωπος, dit-on, eſt ainſi appellé comme qui diroit, ἀναθρῶν ἃ ὄπωπε, *qui contemple attentivement ce qu'il voit* : page 399. C. Eſt-ce qu'en Latin *Homo* vient de *contemplari* ? Ψυχὴ tire ſon origine d'ἀναψύχειν, rafraichir. *Anima* eſt-il dérivé de *refrigerare* ? En un mot, quelque peine qu'on ſe donne pour trouver la raiſon & l'étimologie de chaque mot, lorſqu'on eſt parvenu aux termes ſimples & primitifs, on ne ſçauroit s'empêcher d'y reconnoître une pure inſtitution humaine. Voyez *Quintil.* Inſtit. Orat. Lib. I. Cap. VI. page 80. *Edit. Burman.* Mais c'eſt une choſe fort plaiſante, de voir que, quand on demande à *Socrate* l'étymologie de Πῦρ & de Ὕδωρ, il ſe contente de répondre, que ces deux mots doivent leur origine aux Barbares, page 409, 410. Il avoue même, que *quand on eſt arrivé aux termes, qui ſont comme les élémens des autres termes & des autres étymologies*, on ne peut plus ni remander, ni rendre raiſon de leur dérivation & de leur étymologie, page 422. A. quoique dans la ſuite il ne laiſſe pas de ſe tourmenter en vain pour faire voir le fondement naturel des mots primitifs. Cependant, après avoir long-tems défendu le ſentiment de *Cratyle*, il témoigne enfin en douter lui-même. Mr. Wollaston prétend même, qu'il y a lieu de douter, ſi Platon a voulu dire autre choſe, ſi ce n'eſt que certains mots ſont *plus naturels* ou *plus propres* que d'autres à exprimer certaines choſes. *Ebauche de la Relig. Natur.* page 12. (page 14. de la Trad. Fr.) Nôtre Auteur qui traite de frivole la raiſon dont ſe ſert *P. Nigidius* dans Aulu-Gelle, Lib. X. Cap. 4. pour montrer que les Mots ſignifient quelque choſe naturellement, s'amuſe enſuite à refuter une autre raiſon impertinente de deux anciens Grammairiens, Sosipater Charisius (Inſt. Gramm. Lib. I. *ex Varrone*, page 35. *Edit. Putſch.* & Diomede, Lib. II. page 434. Il cite encore Huart, *Examen des Eſprits.* C. XI. & Arnob. Lib. I. *adverſ. gent.* page 45. Edit. Pariſ. 1605. (page 36. *Edit. Salmaſ.* 1651.)

(5) Ni

telle ou telle choſe. Ces noms propres, quand il s'agit des Lieux, & des autres choſes, ſont de même nature que les noms communs ou *appellatifs*, comme on parle : mais il faut remarquer que l'impoſition des noms propres d'Hommes appartient pour l'ordinaire aux perſonnes de qui l'on dépend. C'eſt ainſi que les Peres & Meres impoſent les noms à leurs Enfans; les Maîtres, à leurs Eſclaves; les Rois, à ceux de leurs Sujets qu'ils revêtent de quelque Dignité. Lorſqu'ils ont négligé de le faire, ou qu'il ſe trouve pluſieurs perſonnes de même nom, alors chacun, pour éviter les équivoques & les mépriſes, peut prendre quelque ſurnom diſtinctif. Mais comme il n'eſt pas permis de changer de nom, (5) lorſque cela eſt contraire à la fin pour laquelle les Noms ont été impoſez ; ou lorſque par un tel changement on cauſeroit à autrui quelque préjudice ; ou même lorſqu'il y a lieu de craindre & de ſoupçonner avec quelque apparence un pareil inconvénient : il n'eſt pas non-plus permis de cacher ſon nom, (d) à moins qu'on ne ſe trouve dans des circonſtances, où ſans que cette diſſimulation porte aucune atteinte aux droits d'autrui, l'on puiſſe ou ſe procurer quelque avantage à ſoi-même, ou prévenir quelque dommage & quelque danger dont on eſt menacé, ou bien qui menace quelque autre perſonne ; comme il paroîtra par ce que nous établirons tout-à-l'heure ſur l'obligation où l'on eſt de dire la vérité.

(d) Voyez *Valer. Maxim.* Lib. VII. Cap. III. num. 8. 9. & Lib. IX. Cap. XV. *Ant. Majorag.* dans une Harangue ſur ce ſujet ; & *Caſaub. Exerc. in Baron.* XIII. num. 13.

L'uſage des mots ſuppoſe quelque Convention.

§. V. AU RESTE, l'inſtitution, qui, comme nous venons de le faire voir, donne à tous les Signes, excepté les Naturels, la proprieté de marquer une certaine choſe ; cette inſtitution, dis-je, renferme une Convention ou expreſſe, ou tacite, en vertu de laquelle (1) on eſt tenu de les employer pour déſigner telle ou telle choſe plûtôt qu'une autre. Et il faut néceſſairement ſuppoſer ici une pareille Convention, quelque hypothéſe qu'on ſoûtienne d'ailleurs ſur l'origine de la Parole. Car quoique l'on conçoive une infuſion immédiate de la premiere Langue dans l'eſprit des premiers Hommes, comme cela n'empêche pas que chacun n'ait une Faculté de parler, qui lui eſt propre & dont il peut diſpoſer à ſa fantaiſie, pour faire ſignifier à tous les termes ce qu'il lui plaît ; le moyen qu'elle produiſît l'effet auquel elle eſt deſtinée, ſi pluſieurs perſonnes n'étoient convenues enſemble de l'employer uniformément, & d'exprimer conſtamment les mêmes choſes par les mêmes termes (2) ? En effet, ceux

(5) Ni même de ſurnom, ce qui pourroit faire le même effet. L'un & l'autre eſt defendu par le Droit Romain, ſous peine de ſubir ce à quoi étoient condamnez ceux qui étoient convaincus du crime de Faux. *Falſi nominis vel cognominis adſeveratio pœna falſi coërcetur.* DIGEST. Lib. XLVIII. Tit. X. *De Lege Cornelia de falſis*, &c. Leg. XIII. *princ.* Voyez ci-deſſus les Notes de DENYS GODEFROI ; comme auſſi JULII PAULI *Receptæ Sentent.* Lib. V. Tit. XXV. *num.* 11. avec les Notes de CUJAS & de Mr. SCULTING ; & PIERRE PITHOU, ſur la *Collatio Legg. Moſaïcar. & Roman.* Tit. VII. §. 7.

§. V. (1) Il y a plus d'apparence, que l'établiſſement de la ſignification des Mots s'eſt fait par un ſimple conſentement, où il n'entre rien d'obligatoire, à le conſiderer en lui-même. Car 1. les hommes ne ſe ſont jamais aſſemblez pour convenir de la ſignification préciſe des termes & des regles du Langage. Cela s'eſt fait inſenſiblement & preſque ſans réfléxion. Il n'y a non-plus aucune Convention tacite, proprement ainſi nommée. On voit tous les jours qu'un ſimple Particulier invente de nouveaux mots, de nouvelles expreſſions, de nouveaux tours, ou donne de nouveaux ſens aux termes deja reçus ; en quoi il eſt quelquefois bien-tôt ſuivi par les autres, ſans qu'il prétende leur impoſer aucune obligation, ou qu'ils croyent être plus obligez de s'y aſſujettir, que de retenir ou de garantir vrai un conte que l'on entend débiter dans une converſation. 2. Si l'établiſſement de la ſignification des Mots étoit fondée ſur un conſentement obligatoire, ou exprès, ou tacite, le moindre changement fait contre l'uſage reçu ſeroit criminel, quoique perſonne n'en reçût aucun préjudice ; ce que l'on n'oſeroit ſoûtenir, & qui eſt manifeſtement refuté par une pratique aſſez fréquente à laquelle perſonne ne trouve à redire, & qui ſert au contraire merveilleuſement à embellir & à enrichir les Langues. C'eſt ce que dit, a-peu-près, Mr. TITIUS, *Obſerv.* CCXLV.

(2) Cela prouve bien la néceſſité d'une ſimple inſtitution, mais non pas la néceſſité d'un conſentement obligatoire. L'Obligation, qui regarde l'uſage de la Parole, dépend d'autres principes, comme il paroîtra par ce que l'on dira §. 7. *& ſuiv.* & dans le Texte, & dans les Notes. Toutes les fois qu'on eſt tenu de parler & de découvrir clairement ce que l'on penſe, on doit auſſi ſuivre l'uſage reçu, & choiſir même les ter-

qui vivent dans l'état de la Liberté Naturelle, pouvant ſe ſervir de leurs Facultez comme ils le jugent à propos, ſans dépendre en aucune maniere de la volonté d'autrui; perſonne n'a droit de prétendre que les autres faſſent uſage de leur faculté de parler de telle ou telle maniere, plûtôt que d'une autre, enſorte qu'il puiſſe connoître leurs penſées par ce moyen, à moins qu'il n'y ait là-deſſus quelque Convention entr'eux & lui. Et cette Convention eſt d'une telle force, qu'encore que les Signes extérieurs ne forment que des conjectures vraiſemblables de ce qui ſe paſſe dans le cœur d'autrui, n'y ayant rien (a) en quoi les Hommes ne ſoient capables de feindre ou de diſſimuler; on préſume néanmoins, que chacun penſe ſérieuſement ce qu'il a une fois donné à entendre par de tels ſignes. Deſorte que le conſentement d'une perſonne n'a aucun effet de droit, qu'autant qu'il eſt manifeſté par quelque Signe; quoique peut-être ce Signe ne réponde pas à l'acte intérieur de la Volonté (b). Et en effet, ſans cela tous les Signes deviendroient abſolument inutiles. Le commerce mutuel d'Offices & de Devoirs ne pouvant donc s'exercer parmi les Hommes, ſi l'on n'eſt perſuadé de la volonté les uns des autres, & la conſtitution de la Nature Humaine ne permettant pas de faire connoître cette volonté autrement que par des Signes ſenſibles; il falloit néceſſairemenr en régler l'uſage par quelque Convention, afin que chacun ſçût certainement ce qu'il pourroit exiger d'autrui. (3).

(a) Voyez *Plutarch.* Apophtheg. Lacon. p. 219. B. Edit. Wech. in *Archidam.* Apophth. & *Moſchus*, Idyll. I. verſ. 8, 9.

(b) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. IV. §. 3.

Cette Convention eſt ou *generale*, ou *particuliere*.

§. VI. Or cette *Convention*, ſurtout à l'égard de l'uſage des Mots, eſt *Generale*, ou *Particuliere*. Par la premiere on conçoit que les Hommes qui parlent une même Langue, conviennent enſemble de ſe ſervir, pour exprimer certaines choſes, ſurtout celles qui entrent le plus ſouvent dans le commerce de la Vie, de certains termes autoriſez par l'uſage reçu du tems où l'on vit. Car, comme le dit un ancien Poëte Latin, (1) *l'Uſage eſt le maître abſolu des Langues, les manieres de parler ne ſont belles & régulieres qu'autant qu'il veut qu'elles le ſoient : Pluſieurs mots, qui ſont comme enſevelis dans l'oubli, renaîtront un jour : mille autres mots paſſeront encore, quoiqu'ils ſoient aujourd'hui en vogue ; & quand il plaira à l'Uſage ils ſe reproduiront. Vouloir retenir* (2) *des mots abſolument hors d'uſage*, c'eſt, ſelon QUINTILIEN, *une eſpece d'effronterie ou un déſir frivole de ſe ſingulariſer par des bagatelles. Se faire un* (3) *langage tout nouveau, c'eſt être auſſi inſenſé qu'un homme qui pré-*

mes les plus convenables, parcequ'il n'y a pas alors d'autre moyen de s'acquitter de ce que l'on doit à autrui : mais hors de là, il eſt auſſi permis de donner aux mots un ſens different de celui qu'ils ont dans l'uſage, que de dire en termes clairs le contraire de ce qu'on penſe. Or c'eſt ce qu'on ne pourroit pas faire s'il y avoit une Convention, ſoit expreſſe ou tacite, qui accompagnât l'inſtitution du Langage.

(3) L'Auteur faiſoit remarquer ici en paſſant, que les Habitans de *Cumes* ayant autrefois demandé au Sénat Romain la permiſſion de parler Latin dans les Aſſemblées publiques, & dans les criées des Encans, on la leur accorda : TIT. LIV. Lib. XL. Cap. XLII. Et que les *Romains* avoient d'ailleurs grand ſoin de répandre partout leur langue; VALER. MAXIM. Lib. II. Cap. II. §. 2.

§. VI. (1) *Multa renaſcentur quæ jam cecidère, cadentque*
*Quæ nunc ſunt in honore vocabula ſi volet Uſus,*
*Quem penes arbitrium eſt & jus & norma loquendi.*
HORAT. *de Arte Poët.* verſ. 70. & *ſeqq.*

J'ai ſuivi la verſion du P. *Tarteron.* L'Auteur citoit auſſi SEXT. EMPIRICUS, *adverſ. Mathemat.* Lib. I. Cap. III. §. 82. *Edit. Fabric.*

(2) *Sed abolita atque abrogata retinere, inſolentia cujuſdam eſt, & frivola in parvis jactantia.* QUINTILIAN. *Inſtit. Orator.* Lib. I. Cap. VI. page 76. *Edit. Burm.* L'Auteur citoit encore AUL. GELL. Lib. I. Cap. X.

(3) Ὥσπερ γὰρ ἐν πόλει νομίσματός τινος προχωροῦντος κατὰ τὸ ἐγχώριον, ὁ μὲν τούτῳ στοιχῶν, δύναται καὶ τὰς ἐν ἐκείνῃ τῇ πόλει διεξαγωγὰς ἀπαραποδίστως ποιεῖσθαι. ὁ δὲ τοῦτο μὲν μὴ παραδεχόμενος, ἄλλο δέ τι καινὸν χαράσσων ἑαυτῷ, καὶ τούτῳ νομιστεύεσθαι θέλων, μάταιος καθέστηκεν· οὕτω κἂν τῷ βίῳ ὁ μὴ βουλόμενος τῇ συνήθως παραδεχθείσῃ, καθάπερ νομίσματι ὁμιλίᾳ κατακολουθεῖν, ἀλλ' ἰδίαν αὐτῷ τέμνειν, μανίας ἐγγύς ἐστιν. SEXT. EMPIRIC. *adverſ. Mathemat.* Lib. I. Cap. X. §. 178. *Edit. Fabric.*

*tendroit payer les Marchands, de qui il achete, en monnoye qui n'auroit pas cours dans le païs*, ſelon la comparaiſon dont ſe ſert un ancien Philoſophe. Cela eſt d'autant plus ridicule, qu'il ne ſert de rien de parler ſi l'on ne s'entend les uns les autres (a).

Mais il y a ici pluſieurs remarques à faire. Premierement il eſt certain, que non ſeulement la plûpart des Langues ont différentes Dialectes, mais que de-plus, dans une ſeule & même Langue les termes ſignifient ſouvent diverſes choſes ſelon les différens lieux où l'on s'en ſert. Ainſi, pour déterminer le ſens de ces ſortes de termes, il faut avoir égard à l'uſage du lieu où l'affaire ſe paſſe: à moins qu'il ne paroiſſe d'ailleurs, que l'Etranger qui les employe ou qui les entend prononcer, ne s'eſt pas encore défait du langage de ſon Païs, & ne reconnoît pas le ſens qu'a une expreſſion dans l'endroit où il ſe trouve. Il y a auſſi des mots qui emportent en certain lieu & en certain tems, une idée de mépris & d'injure qu'ils ne renferment pas en d'autres lieux & en d'autres tems. Tel eſt, comme chacun ſçait, le mot de *Tyran*, dans la Langue Greque. Celui de *Barbare* étoit fort injurieux parmi les *Grecs*, & parmi les *Latins*: cependant (b) le Roi THEODORIC l'applique à ſa Nation, & les BOURGUIGNONS, dans leurs propres Loix, ſe qualifient ſouvent eux-mêmes de ce nom-là.

(a) Voyez *Ovid. Triſt.* Lib. V. Eleg. X. verſ. 37. *Cicer. Tuſc. Quæſt.* Lib. V. Cap. XL.

(b) *In Edicto*, c. 9. §. 32, 34.

Il faut remarquer en ſecond lieu, qu'un grand nombre de mots, outre leur *ſignification principale*, en renferment une autre qui peut être nommée *acceſſoire* (4), par laquelle on exprime en même tems quelque Jugement de l'Ame, quelque Paſſion, quelque Eſtime, ou quelque Mépris. D'où vient que, de pluſieurs termes entierement ſynonymes par rapport à la ſignification principale, les uns paſſent pour injurieux, & les autres non; parceque les derniers n'excitent pas l'idée acceſſoire qui eſt attachée aux premiers. Par exemple, ſi je dis à quelqu'un: *Vous en avez menti*, je ne donne pas ſeulement à entendre, qu'il penſe le contraire de ce qu'il dit, mais j'inſinue encore qu'il le fait à mauvaiſe intention, ou dans le deſſein de me tromper; & c'eſt cette derniere idée qui rend l'expreſſion offenſante. De même ſi je traite quelqu'un d'*impoſteur* ou d'*ignorant*, je lui fais un grand outrage, parceque ces termes-là emportent une idée de mépris & de reproche. Mais il y a d'autres termes, par leſquels ſans choquer un homme on peut faire entendre tout ſimplement qu'il nous a trompé, ou qu'il ignore certaines choſes. Quelquefois auſſi ces idées acceſſoires ne ſont pas attachées aux mots par un uſage commun, mais elles y ſont ſeulement jointes par celui qui s'en ſert: ce qui ſe fait par le ton de la voix, qui eſt différent, ſelon qu'on inſtruit, que l'on flatte, ou que l'on reprend; par l'air du viſage; par les geſtes, & par les autres Signes Naturels, qui d'ordinaire diverſifient, changent, diminuent, ou augmentent conſidérablement la ſignification principale des termes. De là vient encore que le ſtile figuré exprime très-ſouvent les mouvemens & la paſſion de celui qui parle, au lieu que le ſtyle ſimple ne marque que la verité toute nuë. Par exemple, ce demi-vers de VIRGILE (c), *Uſque adeone mori miſerum eſt? La Mort eſt-elle donc un ſi grand mal?* dit beaucoup plus que ſi le Poëte ſe fût exprimé ainſi: *Non eſt uſque adeo mori miſerum: Ce n'eſt pas un ſi grand mal que de mourir;* parceque la premiere expreſſion donne l'idée d'un homme, qui ſe roidit contre la Mort, & qui la brave. Ce ſont auſſi ces idées acceſſoires qui ſont

(c) *Æneid.* XII. 646.

(4) Nôtre Auteur a tiré tout ceci de l'ART DE PENSER, I. Part. Chap. XIV. où l'on trouvera la réfléxion mieux pouſſée. Je ne ſçai pourquoi il ne cite pas ce Livre, lui qui d'ailleurs n'eſt pas chiche de citations.

que certains mots ſont obſcénes, & d'autres honnêtes, quoique les uns & les autres déſignent au fond la même choſe; bien-plus, quoique dans la choſe même il n'y ait rien de deshonnête. La raiſon en eſt, que de ces termes les uns marquent une certaine choſe, ou une certaine action, d'une maniere vague & confuſe, au lieu que les autres déſignent cette choſe, ou cette action, plus diſtinctement, & avec certaines circonſtances qui les accompagnent. Ainſi, en employant les derniers on découvre en même tems la paſſion que l'on a pour la choſe ou pour l'action qu'ils ſignifient, & le plaiſir que l'on prend à les enviſager, ou l'approbation qu'on leur donne; tous ſentimens indignes d'un Honnête Homme (d). Quelquefois auſſi les termes ſont deshonnêtes, ou parcequ'ils renferment quelque idée baſſe, ou parcequ'ils ne ſont en uſage que parmi la Canaille, ou quand on parle à des gens pour qui l'on n'a aucune conſidération.

(d) Voyez *Ciceron*. Lib IX. *Epiſt. ad Famil.* XX I. & ce que dit *Caſaubon in Perſ. Satyr V.* verſ. 33. au ſujet des mots obſcénes qu'on employe dans la Satyre.

Les termes, qui doivent leur origine à une *Convention Particuliere*, ce ſont ceux auſquels on a attaché une idée différente de l'uſage commun, ou qui ſont inconnus dans le langage ordinaire. Tels ſont les mots dont ſe ſervent les Ouvriers, ou les *termes de l'Art*, que la neceſſité de diſtinguer pluſieurs choſes ſans nom, ou le pur caprice, a fait ou inventer, ou employer dans un ſens tout nouveau, bien différent de celui que tout le monde connoît. La nature de la choſe dont il s'agit, ſuffit pour empêcher que les gens du mêtier ne ſe laiſſent tromper par ces ſortes de termes. Pour les autres, qui ne les entendent point, il faut, en leur faveur, les expliquer par des mots communs. Cela eſt encore plus néceſſaire, lorſque les Ouvriers mêmes ne s'accordent pas entr'eux ſur l'uſage d'un terme, ou que l'on a quelque raiſon particuliere d'en forger de tout nouveaux, ou de donner un autre ſens à ceux qui ſont déja en vogue (e). Il eſt même quelquefois permis à un petit nombre de gens, comme nous le verrons plus bas, d'inventer certains noms, ou autres ſignes qui ne ſoient que pour eux; ou de donner un nouveau ſens aux termes communs, afin de n'être pas entendus de tout le monde. Et alors il ſuffit que ces Signes faſſent connoître ce que l'on penſe à ceux avec qui l'on eſt convenu de leur ſignification. (f) Tel eſt, par exemple, le mot du guet dont, le ſilence même peut quelquefois tenir lieu.

(e) Voyez *Bacon. de augm. Scient.* Lib. III. Cap. IV. princip.

(f) Voyez *Polyæn. Stratagem.* Lib. I. Cap. XI. & Lib. V. Cap. XVI. num. 4. *Edit. Maaſvic.*

En quel cas, & en vertu dequoi on eſt obligé de découvrir à autrui ce que l'on penſe?

§. VII. La Convention dont nous venons de parler, fait donc que l'on eſt tenu d'employer les Mots & les autres Signes de nos penſées, conformément ou à l'uſage commun, ou à l'uſage particulier. Mais cela ne ſuffit pas pour impoſer une Obligation indiſpenſable de découvrir à chacun, par le moyen de ces Signes, tout ce qu'on a dans l'Eſprit (a). Il faut encore ou que l'on y ſoit engagé par une *Convention particuliere*, ou qu'une *Loi générale du Droit Naturel* nous le preſcrive, ou que *la nature même de l'affaire* au ſujet de laquelle on traite de vive voix ou par écrit, le demande néceſſairement (1). Si l'on ſe charge, par exemple, d'enſeigner à quelqu'un une Science,

(a) Voyez *Philoſtr. de Vita Apoll. Tyan.* Lib. IV. Cap. XI. pag. 191. D *Edit. Pariſ. Morell.* Cap. XXXIII. in fin. *Edit. Olearii Lipſ.*

§. VII. (1) Pour développer plus diſtinctement cette matiere, il faut remarquer que la *Parole*, comme toutes les autres actions indifferentes de leur nature, eſt dirigée par les trois grands principes de nos Devoirs, dont nous avons traité ailleurs; je veux dire la *Religion*, l'*Amour de ſoi-même* & la *Sociabilité*. I. Quand on parle à Dieu, il faut toûjours dire franchement la verité. La choſe eſt claire d'elle-même, & nôtre Auteur la prouve en peu de mots au commencement du §. 10. On ne doit non-plus jamais abuſer de ſa langue, en parlant aux Hommes, au préjudice de la gloire de Dieu bien entendue. Voyez l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. IV. §. 7. *num.* 5, 6. II. L'*Amour propre éclairé* veut que l'on ſe ſerve de la Parole, ſoit pour ſe conſerver ou ſe défendre ſoi-même, ſoit pour ſe procurer quelque avantage innocent; c'eſt-à-dire, qui ne faſſe aucune bréche à la gloire de Dieu, & qui ne donne point d'atteinte aux Droits du Prochain. En ces cas-là, il eſt non ſeulement permis, mais encore quelquefois expreſſément ordonné par la Loi naturelle, ou de dire la verité, ou de garder le ſilence, ou même de feindre & de diſſimuler,

c'eſt une eſpece de Contract de Loüage, en vertu duquel on eſt tenu de ne lui rien cacher de ce qui regarde cette Science. Si l'on va, de la part de quelqu'un, s'informer

ſelon qu'une défenſe légitime de ſoi-même, ou une utilité innocente le demande. III. Les Devoirs de la *Sociabilité* nous obligent auſſi ou à dire exactement la verité, ou à nous taire, ou à feindre & à diſſimuler, lorſque par-là on peut ou faire du bien aux autres, ou détourner quelque danger dont ils ſont menacez, ſans commettte d'ailleurs rien de contraire à la gloire de DIEU, ni cauſer du dommage à qui que ce ſoit. Ainſi il faut, comme nôtre Auteur l'a dit, Liv. II. Chap. III. §. 4. donner des conſeils ſinceres à ceux qui nous les demandent, & montrer fidelement le chemin à ceux qui ſont égarez. On doit garder au contraire un ſilence inviolable en matiere des choſes qui peuvent porter du préjudice à quelqu'un, ou en ſa perſonne, ou en ſes biens, ou en ſa réputation. Que ſi un Furieux, courant l'épée à la main pour tuer une autre perſonne, nous demande de quel côté elle a paſſé; en ce cas-là on peut non ſeulement, mais on doit même lui indiquer un tout autre chemin que celui où l'on ſçait que s'eſt ſauvée la perſonne qu'il pourſuit, & je ne ſçai ſi quelqu'un oſeroit ſoûtenir le contraire. Par la même raiſon, les Sages-femmes d'*Egypte* firent très-bien d'inventer l'excuſe ſalutaire qu'elles alleguerent à *Pharaon*: auſſi voyons nous que DIEU les en récompenſa. En effet, un des plus mauvais uſages de la Parole, c'eſt ſans contredit lorſqu'elle ſert d'inſtrument pour nuire à autrui. Voyez plus bas, §. 15. D'où il s'enſuit encore, que l'on doit ſurtout agir de bonne foi dans les Conventions, & tenir inviolablement ſa parole lorſqu'on l'a une fois donnée par un engagement valide. Du reſte, il faut ſe ſouvenir ici de ce que nous avons remarqué ailleurs, que quand les Devoirs de la Sociabilité & ceux de l'Amour de ſoi-même ſont comme en équilibre, les derniers doivent l'emporter; & qu'ainſi en ce cas-là on peut légitimement uſer de la Parole d'une maniere qui tourne à nôtre avantage plûtôt qu'à celui d'autrui. Ce que je viens de dire eſt fondé ſur les principes de Mr. TITIUS, *Obſerv.* CCXLVIII. *&* *ſeqq.* & l'opinion qu'il défend n'eſt rien moins que ſinguliere. Il eſt certain, que comme l'a remarqué GROTIUS, Liv. III. Chap. I. §. 9. la plûpart des Philoſophes Payens, & preſque toute l'Antiquité Chétienne, avant S. AUGUSTIN, croyoient que tout ce qu'on appelle *Menſonge* n'eſt pas toûjours illicite; quoiqu'on n'eût pas encore développé la matiere, comme a fait nôtre Auteur, après GROTIUS. Et depuis que ces deux fameux Ouvrages ont paru, on voit peu de gens verſez dans l'étude du Droit Naturel, qui ne ſoient entrez dans leurs idées à cet égard. Voyez, par exemple, THOMASIUS, *Juriſprud. Div.* Lib. II. Cap. VIII. Mr. BUDDEUS, *Elem. Philoſ. Pract.* Part. II. Sect. VI. §. 3. *&* *ſeqq.* Mr. FABRICIUS, dans une Note ſur le faux *Abdias*, qui fait partie du *Codex Apocryphus N. Teſt.* Mr. NOODT, *de forma emendandi doli mali*, &c. Cap. I. II. & pluſieurs autres Ecrivains de poids. Je pourrois auſſi alléguer un grand Philoſophe de nos jours, qui n'a pas eu occaſion de s'expliquer là-deſſus dans ſes Ecrits. Mais il ne s'agit pas ici d'Autoritez, & il en faut toûjours venir à l'examen des raiſons. Ceux qui ſoûtiennent que tout diſcours où l'on parle contre ſa penſée, eſt eſſentiellement Criminel, doivent en alléguer de bonnes preuves, tirées ou de la nature de la choſe, ou de quelque paſſage déciſif de l'Ecriture Sainte. I. Pour ce qui regarde la nature même de la choſe, je ne vois pas qu'on ait encore rien avancé de ſatisfaiſant. Nôtre Auteur le prouve aſſez bien, & j'examinerai en peu de mots la nouvelle hypotheſe d'un Auteur moderne, dans la *Note* 2. ſur le §. 10. Tout ce qu'on dit de plus ſpécieux ſe réduit à deux ou trois difficultez qui ne ſont pas malaiſées à réſoudre. Si le ſentiment, dit-on, qui permet de feindre & de diſſimuler en certaines occaſions, ſoit par des actions ou par des paroles, étoit une fois reçu, la Confiance ſeroit abſolument bannie de la Terre, & par conſéquent la Societé détruite; car perſonne n'ouvriroit la bouche & ne feroit la moindre choſe, qu'on ne ſe demandât d'abord à ſoi-même, s'il ne croit pas être dans quelqu'un des cas où il eſt permis de parler & d'agir d'une maniere differente de ce qu'on a dans l'eſprit. Mais il me ſemble qu'on ſuppoſe ici une choſe viſiblement fauſſe; c'eſt que la Confiance, qui entretient le Commerce de la Vie, ſoit uniquement fondée ſur la perſuaſion où l'on eſt que ceux à qui l'on parle doivent toûjours en conſcience ne rien dire ou faire qui ne réponde exactement à ce qu'ils penſent. L'expérience & la connoiſſance du monde font voir clairement le contraire. J'avoue que les Menteurs de profeſſion, les perſonnes naturellement diſſimulées, les gens reconnus fourbes ou eſclaves d'un vil intérêt, en un mot, tous ceux dont la probité eſt un peu douteuſe, ne ſont pas propres à s'attirer la confiance, & qu'on fait bien de ne ſe fier guéres à eux que ſous bonne caution, ſoit qu'ils témoignent être perſuadez qu'on peut quelquefois parler contre la Verité, ou qu'ils faſſent profeſſion de croire que cela n'eſt jamais permis. Mais quand on a à faire à d'Honnêtes Gens, on ne compte pas moins ſur leur bonne foi, pour ſçavoir qu'ils permettent d'uſer d'une feinte ou d'une diſſimulation innocente, & pour les en avoir vû uſer eux-mêmes en certains cas où ils avoient leurs raiſons d'en agir ainſi, ſoit pour leur avantage particulier, ſoit pour celui de leurs Parens ou de leurs Amis. Comme chacun eſt bien aiſe d'avoir cette liberté, il l'accorde volontiers aux autres; & il ne pourroit la leur refuſer, ou leur en faire un crime, ſans paſſer avec raiſon pour déraiſonnable & pour ſottement curieux. Mais, dit-on, l'utilité que vous prétendez tirer du Menſonge devient entierement inutile dès-là que vous enſeignez que le Menſonge eſt permis; puiſque le Menſonge ne peut être utile que dans la ſuppoſition qu'on fait, que ceux à qui l'on ment croyent que l'on ne ment point, & que l'on ſe fait un devoir de dire la verité. S'il y a une occaſion où il ſoit permis de mentir, c'eſt lorſqu'il s'agit de faire prendre un remede à un Malade qui lui ſauvera la Vie: mais ſuppoſé qu'on enſeigne que les Medecins ſont diſpenſez de dire la verité dans cette occaſion, il arrivera qu'on ne les croira jamais, lors même qu'ils diront la verité; enſorte qu'on tombera dans des inconvéniens infiniment plus grands que ceux qu'on prétendoit éviter en leur permettant de mentir quelquefois. Il faut ou que le Malade croye que le Medecin ne mentira pas, ou qu'il croye du moins qu'il peut auſſi-bien dire la verité, que mentir. Mais comment croira-t-il le premier, s'il ſçait que dans ces occaſions il lui eſt permis de mentir? Et que lui ſervira le doute, ſi ce n'eſt à

de l'état d'une certaine choſe, on doit lui apprendre fidélement tout ce qu'on aura pû en découvrir. S'il s'agit de rendre un Devoir d'Humanité qui conſiſte en paroles, il

ne point prendre le remede qu'on lui préſente? Je répons, que tout cela encore eſt viſiblement démenti par l'expérience, Quoiqu'en puiſſent dire les Théologiens & les Caſuiſtes rigides, il eſt certain qu'il y a mille petits menſonges que preſque tout le monde croit permis, & qui cependant ne laiſſent pas de produire leur effet. Quelque perſuadé qu'on ſoit en general qu'ils ſont innocens, on n'eſt pas toûjours ſur ſes gardes, pour examiner dans chaque occaſion particuliere ſi celui que l'on écoute peut avoir quelque raiſon de nous faire accroire une choſe qui n'eſt pas. La défiance n'eſt pas ſi prompte, quand on n'a d'ailleurs aucun ſujet de rien ſoupçonner; & il n'y a peut-être perſonne qui, après avoir été plus d'une fois innocemment trompé par ſon Medecin ou par un Ami, ne les en croye auſſi aiſément dans quelque autre occaſion ſemblable, s'ils ſçavent le prendre à propos, & bien compoſer leur exterieur. Il pourra bien dans la ſuite ſe douter dé quelque choſe: mais la premiere impreſſion ſera toûjours faite, & l'artifice innocent aura eu ſon effet, qui dans ces ſortes de cas n'eſt ordinairement que pour peu de tems. Que ſi quelquefois on ne réüſſit pas, cela prouve ſeulement ou que l'on n'a pas bien pris ſes meſures, ou que les circonſtances rendoient la choſe inutile; mais cela ne prouve pas qu'elle fût illicite & criminelle par elle-même. On objecte encore que, ſi parler contre ſa penſée eſt une action ſemblable de ſa nature au mouvement local, & aux autres actions exterieures, qui n'ayant rien de criminel en elles-mêmes, peuvent devenir bonnes ou mauvaiſes, ſelon les diverſes intentions avec leſquelles on les fait; il n'y aura point de mal à ſe ſervir de ce moyen pour le plus vil & le plus léger intérêt. Comme donc je puis demander une Epingle lorſqu'elle m'eſt néceſſaire, ou me courber pour la ramaſſer, ſi je la vois ſur le plancher de ma Chambre; rien n'empêche auſſi que je ne diſe un menſonge pour me la faire donner, pourvû que par-là je ne faſſe tort à qui que ce ſoit. Mais cette conſéquence ne paroît pas bien tirée. Car l'uſage de la Parole n'eſt pas ſeulement dirigé par la Juſtice, & par l'Humanité ou la Charité, mais encore par les maximes de la Prudence. Or il n'eſt pas d'un homme ſage d'avoir recours ſans quelque néceſſité au moindre déguiſement. Ecoutons là-deſſus un agréable Ecrivain de l'Antiquité, dont les paroles, que je vais rapporter, n'ont été citées ni par GROTIUS, ni par notre Auteur. *Οὐδὲ περὶ τούτων ἠρόμην, ὁπόσοι τῆς χρείας ἕνεκα ψεύδονται. συγγνώμης τοιγαροῦν οὗτοί γε μᾶλλον καὶ ἐπαίνου τινὲς αὐτῶν ἄξιοι, ὁπόσοι ἢ πολεμίους ἐξηπάτησαν, ἢ ἐπὶ σωτηρίᾳ τῷ τοιούτῳ φαρμάκῳ ἐχρήσαντο ἐν τοῖς δεινοῖς, οἷα πολλὰ καὶ Ὀδυσσεὺς ἐποίει, τήν τε αὑτοῦ ψυχὴν ἀρνύμενος, καὶ τὸν νόστον τῶν ἑταίρων. ἀλλὰ περὶ ἐκείνων, ὦ ἄριστε, φημὶ, οἳ αὐτὸ ἄνευ τῆς χρείας τὸ ψεῦδος περὶ πολλοῦ τῆς ἀληθείας τίθενται, ἡδόμενοι τῷ πράγματι, καὶ ἐνδιατρίβοντες ἐπ' οὐδεμιᾷ προφάσει ἀναγκαίᾳ.* LUCIEN, dans *le Menteur, ou l'Incredule*, au commencement, Tome II. pag. 326. *Edit. Amſtel.* „ Je „ ne parle pas, *dit l'Interlocuteur du Dialogue*, de ceux „ qui mentent pour leur profit: Ils ſont dignes d'ex„ cuſe, & quelques-uns même de loüange; par „ exemple, ceux qui mentent pour tromper leur En„ nemi, ou ceux qui ſe ſervent de ce remede afin „ d'éviter quelque grand danger; comme fit ſouvent „ *Ulyſſe*, pour ſauver ſa vie, ou pour procurer le re„ tour de ſes Compagnons. Mais ce qui me ſurprend, „ c'eſt de voir des gens, qui, ſans qu'il leur en re„ vienne aucun profit, aiment mieux le Menſonge „ que la Verité, ſe plaiſent à mentir, & y revien„ nent tous les jours ſans la moindre néceſſité. „ En effet, quand on ment de gayeté de cœur, & qu'on en fait métier, on perd enfin toute créance dans les eſprits. D'ailleurs, quoiqu'un honnête Homme croye pouvoir innocemment, pour quelque bonne raiſon, donner à entendre par ſes diſcours, ou par ſes actions, autre choſe qu'il ne penſe; il ne laiſſe pas de regarder la correſpondance des Paroles & des Actions avec les Penſées, comme l'uſage le plus naturel de notre Langue & de nos autres Mouvemens extérieurs: ainſi il ne trouble cette harmonie que malgré lui, y étant forcé par la conſtitution des affaires humaines, & par l'indiſcretion, l'imprudence, ou la malice de la plûpart des gens. A moins donc qu'il ne s'agiſſe de quelque choſe, qui en vaille la peine, la candeur & la franchiſe, qui ſont du caractere d'un veritable Homme-de-bien, l'empêchent de rien dire ou faire qui puiſſe, avec la moindre apparence, rendre ſuſpecte ſa ſincerité & ſa bonne foi. Mais il y a ici encore une autre choſe, qui fait qu'on ne doit uſer d'aucun déguiſement qu'avec beaucoup de reſerve & de circonſpection; c'eſt qu'il faut éviter non ſeulement le Mal, mais encore tout ce qui peut y être un acheminement. Or il eſt certain, qu'à force de mentir & de feindre ou de diſſimuler pour de légers ſujets, on ſe feroit enfin une habitude de feinte & de diſſimulation, qui degenereroit en vice; parcequ'elle porteroit à manquer de ſincerité dans les occaſions même où ceux à qui l'on a à faire ont droit d'exiger que nous leur découvrions fidelement nos penſées. C'eſt pour cela qu'il faut prendre un ſoin extrême d'empêcher les Enfans de mentir. (Voyez là-deſſus les *Eſſais de* MONTAGNE, Liv. I. Chap. IX. pag. 56. *Edit. de la Haye* 1727. & le Traité *de l'Education des Enfans*, par Mr. LOCKE, §. CXXXIV. *& ſuiv.* de la dern. Edit. Françoiſe) Comme cet artifice ne pourroit leur ſervir qu'à cacher leurs fautes, & qu'ils ne ſont point en état de diſcerner les occaſions où la feinte & la diſſimulation ſont innocentes, ils viendroient enfin à ne pas dire un ſeul mot de veritable, & ils auroient toûjours un menſonge prêt pour la moindre choſe. Mais à l'égard des Hommes faits, qui ont du diſcernement, il n'eſt point à craindre qu'ils pouſſent la permiſſion de feindre ou de diſſimuler au-delà de ſes juſtes bornes, pourvû qu'ils travaillent ſerieuſement à régler toute leur conduite ſur les lumieres de la droite Raiſon; ſans quoi l'on peut abuſer des principes de Morale les plus inconteſtables & les plus generalement reconnus. Que l'on ſoit plein de reſpect pour la Divinité, amateur de la Juſtice, ſoigneux de rendre à chacun le ſien, éloigné de toute fraude; en un mot veritable homme-de-bien; & j'oſe répondre que l'on ne ſe portera jamais à la moindre diſſimulation criminelle, & que,

faut les conformer exactement à nôtre penſée. Un Hiſtorien, qui écrit la moindre

tant qu'il ſera poſſible, on fera enſorte que les paroles & les actions repondent exactement aux penſées : je dis, *tant qu'il ſera poſſible* ; car, comme l'a judicieuſement remarqué un fameux *Chancelier d'Angleterre* (Bacon, Sermon fidel. *Cap.* VI.) » La Diſſimulation eſt une ſuite néceſſaire du Silence & du Secret (*Taciturnitatis*) deſorte que quiconque veut » être caché, devient en quelque ſorte diſſimulé, » bongré malgré qu'il en ait. En effet, les Hommes » ſont trop ruſez pour permettre qu'on demeure dans » un parfait équilibre, ſans témoigner quelque panchant pour l'une ou l'autre des choſes qu'ils veulent ſçavoir. Ils vous aſſiegeront, vous enlaceront, » & vous ſonderont par mille queſtions ſi adroites, » qu'à moins que de vous retrancher à un ſilence obſtiné & ridicule, il vous ſera impoſſible de ne pas » découvrir un peu vos ſentimens. Et quand même » vous ne laiſſeriez rien échapper qui les fit connoitre, » on tirera quelque conjecture de votre ſilence, tout » de même que ſi vous euſſiez parlé. Vous ne ſauriez » même vous ſauver long-tems à la faveur des équivoques, & d'un langage obſcur & énigmatique. » En un mot, on ne peut être bien caché ſi l'on » ne ſe permet un degré de diſſimulation, & la diſſimulation n'eſt proprement autre choſe qu'une dépendance néceſſaire du ſilence. . . . . Pour garder un » juſte temperament, il faut ſe faire une reputation » de Sincerité & de Véracité ; une habitude de Silence & de Secret ; une habileté de Feindre & de » Diſſimuler à propos ». Il ſeroit aiſé de répondre à toutes les autres difficultez qu'on fait ſur le ſentiment de notre Auteur, & d'en oppoſer de bien plus fortes à l'opinion contraire. Je me contente de remarquer, que ſi celle-ci étoit véritable il faudroit condamner mille actions que tout le monde trouve très innocentes, & qui ſont pratiquées tous les jours de ſens-froid, je ne dirai pas par la plûpart des plus zelez defenſeurs de cette opinion, mais par tous generalement. On peut dire que la queſtion ſe réduit à ſçavoir ſi l'on peut, par exemple, faire dire qu'on n'eſt pas au logis, ou chercher quelque défaite pour ſe débaraſſer d'une perſonne indiſcrete & importune. Je ne crois pas qu'aucun homme de bon ſens ſe confeſſe de pareils péchez, ou en ait quelque remors. Cependant il n'y a point de milieu ; ou il faut condamner tout cela, & ſe livrer à l'indiſcretion, à l'imprudence, ſouvent même à la malice d'autrui, par une ſincerité generale & ſans reſerve, ou il faut étendre plus loin la permiſſion de parler & d'agir contre ſa penſée. Pour faire voir le peu de ſolidité du ſentiment que je combat, il ſuffit preſque de conſiderer les extrêmitez où ſe jettent les Partiſans de cette opinion rigide ; car voici trois maximes de St. Augustin, que Mr. *la Placette* approuve, dans la I. Partie de ſes *Eſſais de Morale* : 1. *Que ſi tout le Genre Humain devoit être exterminé, & qu'il fût poſſible de le ſauver par un menſonge, il faudroit éviter le menſonge, & laiſſer périr tout le Genre Humain.* 2. *Que lorſqu'en diſant un menſonge on peut empêcher un ou pluſieurs de nos Prochains de pécher, il vaut mieux les laiſſer pécher que de mentir.* 3. *Que lorſqu'en mentant on peut empêcher un de nos Prochains d'être damné éternellement, il vaut mieux le laiſſer périr que de le ſauver aux dépens de la Vérité.* J'avouë qu'il ne faut jamais faire mal afin qu'il en arrive du bien, & qu'ainſi on devroit admettre ces propoſitions, ſuppoſé que toute Menterie fût mauvaiſe de ſa nature. Mais c'eſt-là la queſtion, & ſi l'on ſent dans la choſe même une turpitude, qui y ſoit toûjours inſéparablement attachée, de maniere qu'on puiſſe ſérieuſement condamner un Menſonge qui tendroit à de ſi bonnes fins. Au reſte, il n'eſt nullement néceſſaire de déterminer quand & combien de fois il eſt permis de mentir. Cela dépend des circonſtances qui ſont infinies, & du diſcernement de chacun. Ici, comme en bien d'autres ſujets de Morale, on ne peut donner que des Regles generales. Toutes les fois que ceux à qui l'on parle n'ont aucun droit d'exiger qu'on leur diſe franchement ce que l'on penſe, on ne leur fait aucun tort en leur deguiſant la verité ; & ainſi le déguiſement ne porte pas alors le principal caractere d'un veritable Menſonge, qui eſt de donner lieu à ceux avec qui l'on a à faire, de ſe plaindre qu'on n'ait pas agi de bonne foi avec eux. Mais il ne s'enſuit pas que l'on puiſſe toûjours parler ou agir d'une maniere differente de ce qu'on a dans l'Eſprit, lors même que perſonne n'a droit d'exiger de nous le contraire. J'en ai dit ci-deſſus les raiſons, qui ſe rapportent à nous-mêmes, ou aux ſuites d'une trop grande liberté que l'on pourroit prendre. J'avoue encore que l'on peut aiſément abuſer de cette permiſſion, & qu'ainſi le plus ſûr eſt de ne s'en ſervir que le moins qu'il eſt poſſible. Mais on peut auſſi en faire un bon uſage : & où en ſerions nous s'il falloit proſcrire toutes les choſes dont les Hommes prennent occaſion de couvrir ou d'autoriſer leurs déréglemens ? II. S'il eſt vrai, comme nous l'avons fait voir que les principes du Droit Naturel ne nous fourniſſent rien qui prouve que tout diſcours, & en général tout ſigne exterieur, différent de ce qu'on a dans l'Eſprit, ſoit criminel de lui-même ; il n'y a point d'apparence que l'Ecriture Sainte le condamne non-plus abſolument ; à moins qu'on ne voulût dire, ce que je ne crois pas, que la Loi qui défend le menſonge & la Diſſimulation, n'eſt qu'une Loi poſitive. Auſſi ne ſçauroit-on alléguer aucun paſſage, ni du Vieux ni du Nouveau Teſtament, où il ne s'agiſſe d'une menterie ou d'une diſſimulation accompagnée de fraude & de mauvaiſe foi, ou par laquelle du moins on viole quelque Devoir de Charité. Rien n'eſt plus commun dans le ſtyle des *Hebreux* & des *Helleniſtes*, que d'entendre par la *Verité*, la Fidelité à tenir ſes engagemens ; & par le *Menſonge*, la perfidie, la tromperie, le tort qu'on fait au Prochain, de quelque maniere que ce ſoit. La raiſon que rend St. Paul de l'exhortation qu'il fait à chacun de *renoncer au Menſonge, & de dire la vérité à ſon Prochain* ; la raiſon, dis-je, qu'il donne dans ce paſſage, qui eſt celui qu'on preſſe le plus, inſinuë aſſez clairement qu'il n'entend point parler des Menſonges utiles & entierement innocens. *Car*, dit l'Apôtre, *nous ſommes membres les uns des autres* ; c'eſt-à-dire, que le bien de la Societé Humaine eſt le fondement de ce Devoir. Il ne faut donc pas l'étendre au-delà de ce que demande ici l'avantage de la Societé. Or on ne prouvera jamais qu'il faille pour cela qu'on diſe la verité à chacun en tout & partout ; & au contraire il eſt de l'intérêt de la Societé Humaine qu'on puiſſe quelquefois parler ou agir contre ſa penſée. Voyez Velthuisen, *de Princ. Juſti & Decori*, page 258, *& ſeqq.* 95, *& ſeqq.* où il y a encore bien des reflexions que je ſupprime. On trouve d'ailleurs dans l'Ecriture, pluſieurs exemples de Gens-de-bien qui ne ſont point blâmez pour avoir uſé de quelque diſſimulation &

choſe qu'il ne croit pas véritable, (2) péche contre l'obligation où chacun eſt de procurer, autant qu'il dépend de lui, l'avantage des autres Hommes ; ce qu'il ne peut faire ici qu'en les inſtruiſant de la vérité. A plus forte raiſon doit-on découvrir ſes penſées par des ſignes bien intelligibles, lors qu'autrement on feroit du mal ou l'on cauſeroit du dommage à quelqu'un qui ne le mérite pas. Enfin, dans tout commerce & dans toute affaire, d'où il doit réſulter, en vertu de nôtre propre conſentement, quelque Droit, ou quelque Obligation ; il faut parler ſincerement à ceux avec qui l'on traite, & ne rien déguiſer de ce qui concerne la choſe dont il s'agit, ſans quoi il n'y auroit pas moyen de compter jamais ſur aucun engagement.

Mais comme on ne ſe trouve pas toûjours engagé par quelqu'une de ces raiſons à découvrir ce que l'on penſe, ſurtout au ſujet de nos affaires particulieres, il faut avoüer qu'on n'eſt pas non-plus obligé de dire à chacun tout ce qu'on a dans l'eſprit, mais ſeulement à ceux qui ont un droit ou parfait, ou imparfait, de connoître nos penſées ; & qu'ainſi l'on peut taire innocemment les choſes ſur leſquelles perſonne n'a droit de nous faire expliquer, (3) & que l'on n'eſt pas d'ailleurs tenu de découvrir de ſon propre mouvemenr. Bien-plus, lorſqu'il n'y a pas d'autre voye pour ſe procurer ou pour procurer à autrui quelque avantage, ou que l'on ne ſauroit autrement ſe garantir ou garantir les autres d'un danger preſſant, il eſt permis d'employer les Signes extérieurs de telle maniere qu'ils expriment toute autre choſe que ce qu'on penſe, pourvu que l'on ne donne d'ailleurs aucune atteinte aux droits de qui que ce ſoit. En effet, la Convention qu'il y a ici entre les Hommes ſe rapportant aux autres Obligations dont on s'acquitte par-là du moment qu'elles ceſſent, je ne vois pas pourquoi on ne pourroit pas faire un autre uſage de ces Signes, ſi l'on ne trouve point de moyen plus commode pour ſe procurer ou pour procurer à autrui une utilité entierement innocente.

§. VIII.

de quelque menterie innocente. Voyez Mr. LE CLERC ſur GENES. XII, 13. Bien-plus, il y en a un où l'on voit clairement qu'il eſt quelquefois louable de parler contre ſa penſée ; c'eſt celui des Sages-femmes d'*Egypte*, dont nous avons fait mention en paſſant. Voyez EXOD. I, 20, 21. Pour moi il me ſemble qu'il réſulte de là un argument invincible. Il eſt conſtant, que ces Sages-femmes ne dirent pas la verité à *Pharaon* ; & ſi quelqu'un en doutoit, il pourroit s'en convaincre, en liſant ce que Mr. LE CLERC dit là-deſſus dans ſes Remarques ſur la XVII. *Queſtion ſacrée* de feu Mr. ſon Oncle. Auſſi voyons-nous que la plûpart des Interprêtes, & des Théologiens mêmes, l'avouent. Cependant DIEU récompenſe hautement ce menſonge ; & par conſéquent il l'excuſe non ſeulement, mais encore il l'approuve : car c'eſt une vaine ſubtilité de Métaphyſique, de dire, comme fait ST. AUGUSTIN, que DIEU récompenſa non pas le menſonge, mais l'acte de miſericorde qu'avoient exercé les Sages-femmes : *Non eſt itaque in eis* [ Hebræis obſtetricibus & *Raab* Jerichuntina ] *remunerata fallacia, ſed benevolentia ; benignitas mentis, non iniquitas mentientis.* Contra Mendac. ad Conſent. *Cap.* 32. Comme ſi une ſeule & même action pouvoit être bonne & mauvaiſe à divers égards ; ou comme ſi la bonne intention pouvoit rendre bonne une action mauvaiſe de ſa nature ! Mais voici un autre exemple d'où il paroît clairement que DIEU permet & veut même quelquefois qu'on uſe d'une feinte innocente ; c'eſt celui du Prophête, dont il eſt parlé I. ROIS, Chap. XX. verſ. 35, *& ſuiv.* Ce ſaint homme, *par l'ordre de* DIEU, s'étant fait bleſſer, alla ſe mettre ſur un chemin où *Achab* devoit paſſer, & couvert d'un voile, pour ne pas être reconnu, il l'attendit là. Dès qu'il apperçut le Roi, il ſe mit à crier pour implorer ſon ſecours, & il lui expliqua comment il ſe trouvoit dans cet état par un accident qu'il avoit imaginé. Il lui raconta, qu'étant au milieu d'une bataille un homme lui avoit amené un Priſonnier qu'il venoit de faire, & l'avoit chargé de le bien garder, ſur peine de la vie, ou d'une amende d'un Talent ; mais que comme il étoit occupé de côté & d'autre, le Priſonnier s'étoit ſauvé. Là-beſſus, le Roi dit au Prophête, qu'il avoit lui-même prononcé ſa ſentence ; & le Prophête s'étant découvert, lui annonça ce pourquoi DIEU lui avoit ordonné d'uſer d'un tel artifice, afin qu'*Achab* ſe condamnât lui-même en jugeant d'un cas ſemblable. Voyez les Notes de Mr. LE CLERC ſur cet endroit. Joignez ici au reſte, ce que j'ai dit dans pluſieurs Notes ſur GROTIUS, Liv. III. Chap. I. où j'ai eu occaſion de faire bien de nouvelles réflexions ſur cette matiere, & de répondre à d'autres objections ; enſorte que je crois avoir mis dans un plein jour, & au-deſſus de toute atteinte, le ſentiment que j'ai embraſſé.

(2) Voyez ce que nôtre Auteur a dit dans ſa Diſcertation *De Obligatione erga Patriam*, §. 32.

(3) Il faut ſe taire à propos, & parler à propos, comme porte une ſentence Grecque que nôtre Auteur cite ici :

*Σιγᾷν τ' ὅπου δεῖ καὶ λέγειν τὰ καίρια.*

ÆSCHYL. *in Coephor*, page 250. *Edit. H. Steph.*

§. VIII.

§. VIII. Ces fondemens poſez, il ne ſera pas difficile de déterminer au juſte la nature de la *Vérité*, que tous les Hommes ſont indiſpenſablement obligez de dire; & du *Menſonge*, ſon contraire, pour lequel les Honnêtes-gens ont tant d'averſion, & dont le reproche eſt l'affront le plus ſanglant que l'on puiſſe recevoir (a).

Définition de la *Vérité*, & du *Menſonge*.

(a) Voyez *Sophocl. in Trachin.* page 347. verſ. 462, 463. *Edit. H. Steph.* & les *Eſſais de Montagne*, Liv. I. Chap. IX. Liv. II. Chap. XVIII.

La Verite' conſiſte donc à *faire enſorte que les Signes extérieurs dont on ſe ſert, & ſurtout les Paroles, repréſentent fidélement nos penſées à ceux qui ont droit de les connoître, & auſquels nous ſommes tenus de les découvrir en vertu d'une Obligation ou parfaite, ou imparfaite; & cela, ſoit pour leur procurer quelque avantage qui leur eſt dû, ſoit pour ne pas leur cauſer injuſtement du Dommage.* Ainſi la différence qu'il y a entre la *Vérité Logique*, comme on parle, & la *Vérité Morale* dont il s'agit ici, c'eſt que la premiere emporte une ſimple conformité des Paroles avec les Choſes; au lieu que l'autre renferme de-plus l'intention & l'obligation de celui qui parle. De ſorte que, quand on dit vrai ſans le ſçavoir, ou en croyant ſe tromper, ce n'eſt qu'une *Vérité Logique*; & lorſqu'on le fait, ſans y être obligé, & ſans que perſonne ait droit de l'exiger, c'eſt plûtôt un vain babil qu'un acte de cette Vertu Morale qui nous ordonne de dire le vérité.

Ainſi l'on voit bien que le Mensonge conſiſte *à ſe ſervir de paroles ou d'autres ſignes qui ne répondent pas à ce que l'on a dans l'eſprit, quoique celui avec qui l'on a à faire, ait droit de connoître nos penſées, & que l'on ſoit obligé de lui en fournir les moyens autant qu'il dépend de nous.*

Cette méthode de prouver la néceſſité indiſpenſable où l'on eſt de dire la vérité dans les cas qui viennent d'être marquez, me paroît beaucoup plus nette & plus naturelle, (1) que ſi l'on fondoit ſimplement la turpitude du Menſonge ſur la maxime générale du Droit Naturel, qui défend *de faire du mal à autrui*, comme ſi le Menſonge n'étoit criminel que parcequ'il cauſe du dommage. Car, à proprement parler, on ne cauſe point de dommage à un homme en lui refuſant quelque choſe à quoi il avoit ſeulement un droit imparfait. Mais, à mon avis, on ne ſe rend pas moins coupable de Menſonge en déguiſant ſa penſée au ſujet de ces ſortes de choſes, qu'en matiere de celles auſquelles on eſt obligé à la rigueur.

Au reſte, comme dans toute action contraire à la Loi on diſtingue ſoigneuſement l'erreur ou l'imprudence d'avec la malice; de même, lorſque quelqu'un, par une crédulité précipitée, va d'abord publier tout ce qu'il a entendu dire, il mérite bien de paſſer pour ſot & pour étourdi: mais on ne donne proprement le nom de *Menſonge* qu'à une fauſſeté dite de propos délibéré, en vûë de faire du mal ou de cauſer du dommage à ceux qui nous écoutent, ou pour ſe jouer d'eux en les repaiſſant de frivoles eſpérances. Deſorte que ſi, après avoir été trompé par quelqu'un, on débite des choſes fauſſes, que l'on croit véritables, on dit bien une fauſſeté, mais on ne ment pas pour cela. Il peut néanmoins arriver, que, (b) pour avoir imprudemment (2) ſemé un menſonge d'autrui, ou une nouvelle de la vérité de laquelle on n'avoit pas lieu d'être aſſuré, on ſoit reſponſable du dommage qui en provient, ſurtout ſi l'imprudence approche d'une faute groſſiere.

(b) Voyez l'hiſtoire du faux avis donné à *Neron* par *Ceſellius Baſſus*, de la découverte d'un Tréſor; *Tacit. Ann l.* Lib. XVI. Cap. I. & *ſeqq.*

§. IX. De ce que nous venons de dire ſur le vrai fondement de la *Vérité* & du *Menſonge*, il s'enſuit que ceux-là ſe trompent qui ne mettent aucune différence entre *mentir* & *dire une fauſſeté*, comme ſi tout diſcours, où l'on parle contre ſa penſée, étoit criminel de lui-même & par ſa nature. Mais *dire une* (a) *fauſſeté*, c'eſt s'ex-

Toute fauſſeté n'eſt pas un *Menſonge*.

(a) *Falſiloquium.*

§. VIII. (1) Voyez ci-deſſous §. 10. Note 1.

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. I. §. 4. Note 1.

primer de telle maniere, que ceux à qui l'on parle entendent autre choſe que ce qu'on a dans l'eſprit. Or, s'ils n'ont aucun droit de connoître nos penſées, & qu'en les leur cachant, ou les leur déguiſant, on ne faſſe tort à perſonne; je ne vois pas pourquoi, lorſqu'on y trouve ſon avantage, on devroit parler de la maniere qu'ils le ſouhaitent, plûtôt que comme on le juge à propos ſoi-même. Ainſi tout Menſonge eſt bien une Fauſſeté; mais toute Fauſſeté n'eſt pas un Menſonge. Si l'on entend ainſi ce que dit ARISTOTE (1), que *le Menſonge eſt par lui-même deshonnête & condamnable*, il ne ſera pas beſoin de l'explication de GROTIUS (b), qui conjecture, que ce *par lui-même* ſignifie ici, *généralement parlant, ou en faiſant abſtraction des circonſtances*. Une fauſſeté que certaines circonſtances rendent innocente, ne mérite pas certainement le nom de *Menſonge;* puiſque tout Menſonge proprement dit eſt deshonnête & illicite. Il eſt même à remarquer, qu'un diſcours très-véritable en lui-même, peut quelquefois produire le même effet qu'un Menſonge. Par exemple, lorſqu'en diſant la vérité on fait ſemblant de mentir, & que par ſon air, ſes geſtes (2), en un mot par tous les mouvemens extérieurs qui ſont comme l'ame du diſcours, on donne lieu à ceux qui nous écoutent, de croire toute autre choſe. Mais cela arrive ſurtout aux Menteurs de profeſſion, qui, à force d'être ſurpris en faute, ont perdu toute créance dans les eſprits; car comme on ſe méfie toûjours de ces ſortes de gens, lors même qu'ils agiſſent avec le plus de ſincérité, (3) ils peuvent profiter de la mauvaiſe opinion qu'on a d'eux, pour tromper le monde en diſant les choſes telles qu'elles ſont, dans la penſée que l'on ne manquera pas de prendre le contrepié. (4) Un ſemblable ſtratagême réüſſit très-bien à *Ageſilas* (c). Ce grand Capitaine voulant mener ſon armée à *Sardes*, dit ouvertement que c'étoit-là qu'il alloit. *Tiſſapherne*, Lieutenant du Roi de *Perſe*, comptant ſur la maxime ordinaire des Généraux, qui eſt de cacher avec grand ſoin leurs deſſeins, de-peur que l'Ennemi ne prenne là-deſſus ſes meſures, marcha incontinent d'un autre côté: mais il fut bien ſurpris, lorſqu'il ſçut qu'*Agéſilas* étoit effectivement allé à *Sardes*. Je ne voudrois pas au reſte blâmer la gravité d'un (d) *Epaminondas*, qui *faiſoit ſcrupule de mentir même en riant*. Mais auſſi il faudroit être bien ſimple pour s'imaginer qu'il y ait du crime à parler quelquefois contre ſa penſée, pour ſe procurer à ſoi-même ou pour procurer aux autres une utilité entierement innocente. Il ſeroit bien à ſouhaiter, je l'avoue, que, comme le diſoit CICERON (5), *la Feinte & la Diſſimulation fuſſent bannies de la Societé Humaine;* & que pour

(b) Liv. III. Chap. I §. 9. *num.* 6.

(c) *Xenoph. Hiſt. Græc.* Lib. III. Cap. IV. §. 20, 21. *Edit. Oxon.* (pag. 292. *Edit. H. Steph.*) & *Corn. Nepos*, in *Ageſil.* Cap. III. Voyez un pareil tour dans *Térence*, Heaut. Acte. IV. Scene III.

(d) *Cornel. Nepos*, *in ejus Vita*, Cap. III. num. 1. Voyez auſſi ce que dit *Achille* dans *Homere*, Iliad. IX. verſ. 312, 313.

§. IX. (1) Καθ' αὑτὸ δὲ τὸ μὲν ψεῦδος, φαῦλον καὶ ψεκτόν. *Ethic. Nicomach.* Lib. IV. Cap. Cap. XIII. page 51. C.

(2) *In geſtu etiam nonnulli putant idem vitium ineſſe, cùm aliud voce, aliud nutu vel manu demonſtratur.* „Quelques-uns regardent comme une eſpece de Solécïſme, d'exprimer une choſe par les paroles, & „d'en donner à entendre une autre par un ſigne de „tête, ou par quelque geſte de la main «. QUINTIL. *Inſtit. Orat.* Lib. I. Cap. V. *page* 60. *Edit. Burm.* Nôtre Auteur citoit ce paſſage

(3) C'eſt ſur ce principe qu'étoit fondée la conduite judicieuſe de *Jean de Vega*. Comme il avertiſſoit *Diego de Mendoza*, qui lui ſuccedoit dans une Ambaſſade, qu'il ne trouveroit guéres de vérité parmi les Miniſtres de cette Cour-là: *Ils ont donc rencontré leur homme*, répondit *Mendoza*, *car pour un menſonge qu'ils me diront, je leur en dirai cent: Et moi*, repliqua *Vega*, *j'ai pris une autre route; car j'ai répondu à tous leurs menſonges par autant de véritez; & cela m'a réüſſi d'autant mieux, qu'ils ne me croyoient preſque jamais. Voilà comment il faut tromper les Menteurs.* C'eſt ce que rapporte JUAN ANT. DE VERA, II. Diſc. de *l'Ambaſſadeur*, cité par AMELOT DE LA HOUSSAIE ſur la XIII. Lettre d'OSSAT. Voyez la Traduction de l'Ouvrage Eſpagnol, *page* 308, 309. *Edit. de Holl.* 1642.

(4) Nôtre Auteur rapportoit ici la Fable d'un Enfant, qui ayant ſouvent pour ſe moquer appellé au ſecours les Païſans, implora en vain leur aſſiſtance, lorſque le Loup le pourſuivoit effectivement. Il auroit pû auſſi-bien citer ce que dit HORACE, Epiſt. Lib. I. Epiſt. XVII. verſ. 55, *& ſeqq.* juſqu'à la fin de l'Epître.

(5) *Quod ſi Aquilliana definitio vera eſt, ex omni vita ſimulatio diſſimulatioque tollenda eſt.* De Offic. Lib. III. Cap. XV. CICERON ne parle ici que d'une feinte & d'une diſſimulation accompagnée d'injuſtice & de mauvaiſe foi; quoique de la maniere dont nôtre Auteur s'exprime dans l'Original, il ſemble avoir pris

cet effet il n'y eût perſonne qui convoitât le bien des autres, & qui abusât de leur franchiſe pour les tromper; en un mot, que tout le monde agît conformément aux lumieres de la droite Raiſon. Mais puiſque dans l'état où ſont les choſes on s'expoſe, par trop de ſincérité, à être la duppe inévitable des Malhonnêtes-gens, & que la plûpart du tems on arrive plus aiſément à ſes fins par quelque artifice que (e) par la Vérité toute nuë; avant que de condamner entierement les manieres innocentes de feindre & de diſſimuler, il faut attendre que toute l'Imprudence & toute la Malice des Hommes ſoit changée en Sageſſe & en Probité; ou du moins que l'on trouve quelque moyen infaillible de (f) diſcerner les Fourbes d'avec ceux à qui l'on peut ſe fier, & de parer les coups, ou d'éviter les embuches des premiers. Il eſt certain néanmoins, que ſi l'on pouſſe la feinte & la diſſimulation au-delà de ce qui eſt néceſſaire pour ſe mettre à couvert de ce que l'on pourroit avoir à craindre de la part d'autrui, on ne ſauroit plus ouvrir la bouche, ni faire la moindre choſe, ſans être ſoupçonné de quelque déguiſement; & qu'ainſi l'on ſe met par-là hors d'état de trouver des gens qui croyent pouvoir compter ſur nôtre bonne foi dans le commerce de la Vie.

(e Voyez *Pindar. Nem.* Od. V. verſ. 30. *& ſeqq.*

(f) C'étoit le ſouhait de *Théſée*, dans *Euripide, Hippol. coron.* verſ. 925. *& ſeqq.*

Au reſte, rien n'eſt plus foible que les raiſons dont quelques-uns ſe ſervent pour prouver que tout diſcours contraire à ce qu'on a dans l'eſprit, eſt criminel de ſa nature. Quiconque, diſent-ils, parle autrement qu'il ne penſe, abuſe honteuſement de ſa Langue, & deshonore par-là ce bel inſtrument que le Créateur lui a donné pour manifeſter à autrui ſes propres penſées. D'ailleurs, il réſulte de cet abus pluſieurs fâcheux inconvéniens, & entr'autres, que l'on ne croit point un Menteur, lors même qu'il dit vrai: deſorte que c'eſt un obſtacle à la pratique de pluſieurs Devoirs dont il auroit pû s'acquitter envers autrui. Mais tout cela n'eſt vrai que du Menſonge proprement ainſi nommé, & non pas de ces fictions innocentes dont la Prudence veut qu'on ſe ſerve quelquefois. Le Menſonge, ajoûte-t-on, eſt la marque d'une ame baſſe: car pourquoi déguiſer lorſque l'on peut agir & parler ouvertement? Mais ce n'eſt pas toûjours par lâcheté & par baſſeſſe d'ame, que l'on ſe porte, dans le beſoin, à une feinte ou une diſſimulation innocente; & quand on a à faire à de méchantes gens, on ne ſauroit ſouvent mettre en uſage les moyens les plus légitimes, ſans avoir recours à quelque artifice. D'autres diſent, que la Parole nous ayant été donnée pour manifeſter nos penſées, tout diſcours contraire à ce qu'on a dans l'eſprit répugne à l'inſtitution de la Nature, & trouble l'harmonie qu'il doit y avoir entre nos Facultez; mais de ce que la Parole eſt l'interprête de nos penſées, il ne s'enſuit pas qu'il faille dire tout ce que l'on penſe. Il eſt certain, au contraire, que l'uſage de cette faculté doit être ſoumis aux lumieres de la droite Raiſon, à qui il appartient de juger quelles choſes il faut découvrir, ou non.

En quoi conſiſte le droit qui eſt violé par le Menſonge, & quel en eſt le fondement?

§. X. Pour être donc tenu de déclarer naïvement ce que l'on a dans l'Eſprit, il faut que ceux à qui l'on parle, ayent droit de connoître nos penſées. Mais tout le monde ne convient pas en quoi conſiſte ce droit, & quel en eſt le fondement (1).

généralement les paroles de ce grand Orateur. La même choſe eſt arrivée à *Grotius*, §. 8. *num.* 2. du Chapitre qu'on a ſouvent cité. Voyez Mr. Noodt, *de forma emendandi doli mali in Contractibus admiſſi, apud Veteres*, Cap. II.

§. X. (1) Notre Auteur rapportoit ci-deſſus, §. 8. ce que dit Philostrate, *de Vita Apoll. Tyan.* Lib. II. Cap. XII. *Edit. Morell.* que, chez les *Indiens*, ſi une perſonne qui s'étoit appliquée à la Philoſophie, étoit ſurpriſe en menſonge, on la condamnoit à être exclue pour jamais des Charges & des Dignitez; *parcequ'en mentant elle avoit trompé la Societé univerſelle du Genre Humain*; ὡς παραποιήσαντα βίον ἀνθρώπου. Raiſon que notre Auteur trouve avec ſujet trop vague, & peu propre à faire connoître diſtinctement en quoi conſiſte la turpitude du Menſonge. Mais il auroit bien fait d'ajoûter qu'il n'y a rien de tout cela dans *Philoſtrate*; & c'eſt un des endroits où il a le plus mal pris

Quelques-uns s'imaginent, que par cela ſeul que Dieu & les Hommes ont naturellement la Faculté de concevoir les Veritez, ils ont auſſi droit d'exiger que l'on s'exprime toûjours d'une maniere à leur faire connoître les choſes telles qu'elles ſont. Cela ne ſouffre point de difficulté, par rapport à Dieu. Il y auroit non ſeulement une extrême irreverence à uſer envers lui de la moindre diſſimulation, comme s'il ſe laiſſoit plus aiſément fléchir par le Menſonge que par la Verité toute nuë ; mais ce ſeroit encore une ſouveraine extravagance, puiſque, pour ſçavoir la verité, il n'a pas beſoin d'en être inſtruit par nôtre bouche. Ainſi *Caïn* étoit également impie & inſenſé (a), de prétendre cacher aux yeux de cette Intelligence infinie le meurtre qu'il avoit commis en la perſonne de ſon Frere, & de (b) s'en défendre même d'une maniere ſi puérile & ſi inſolente. Mais à l'égard des Hommes, le *pouvoir Phyſique* n'emporte pas néceſſairement un *pouvoir Moral*; je veux dire, que de cela ſeul qu'on a la faculté de connoître une choſe, il ne s'enſuit pas qu'on en ait droit. Je n'approuve pas néanmoins la maniere dont quelques-uns réfutent cette raiſon, en diſant, que lors même qu'on entend une fauſſeté, on conçoit quelque choſe, & qu'ainſi un diſcours contraire à ce que l'on penſe ne fruſtre pas celui qui l'entend, du droit qu'il avoit de connoître. Cela, dis-je, ne fait rien au ſujet; car on vouloit ſçavoir la verité de la choſe, & non pas une fiction.

(a) *Geneſ. IV*, 9.

(b) Voyez *Sophocl. Antig.* pag. 234. init. *Edit. H. Steph.* verſ. 505, 506. paſſage qui ne ſe rapporte pourtant qu'aux Hommes.

D'autres ſoûtiennent avec plus de raiſon, que le droit auquel le Menſonge donne atteinte, ne vient pas de la nature même de la Parole, mais d'une Convention tacite qu'il y a entre les Hommes. Car les Hommes, en établiſſant le Langage & les autres Signes ſemblables, ſe ſont engagez réciproquement à s'en ſervir de telle maniere, qu'ils faſſent connoître la penſée de celui qui les employe (2). Autrement, ſi chacun pouvoit donner aux Mots tel ſens que bon lui ſembleroit ,& s'exprimer enſorte qu'il

la penſée de l'Auteur qu'il cite. Peut-être auſſi la méchante verſion de Freder c Morel lui a-t-elle aidé à defigurer le paſſage ; ce que je ne puis pas vérifier préſentement. Voici le fait. Lorſque quelque Indien étoit mort, il y avoit un Magiſtrat établi pour cela, qui ſe tranſportoit dans la Maiſon du Defunt, & faiſoit des informations de la maniere dont il avoit vêcu. Que ſi ce Magiſtrat mentoit, ou qu'il ſe laiſsât tromper, faute de faire là-deſſus des perquiſitions aſſez exactes, les Loix le deſtituoient de ſa Charge, & l'excluoient à jamais de tout Emploi, *parcequ'il avoit repréſenté la Vie d'un Homme autre qu'elle n'étoit*. Voilà tout ce que dit Philostrate, *de vita Apoll. Tyan.* Lib. II. Cap. XXX. pag. 83. *Edit. Olearii.*

(2) Mr. La Placette, dans ſon Traité *du Menſonge*, Chap. VI prétend, que *ce qui fait que le Menſonge eſt mauvais, c'eſt que ce peché viole, non ce pacte primordial qu'il eſt plus aiſé d'imaginer que de le prouver, mais un pacte nouveau & particulier qu'on fait avec ceux à qui on parle, toutes les fois qu'on leur parle. En effet*, ajoûte-t-il, *lorſque je parle à quelqu'un, je fais deux choſes. Je m'oblige à lui dire ce que je penſe, & j'exige de lui qu'il le croye. Si celui à qui je parle ſe perſuade ce que je lui dis, le pacte eſt non ſeulement conclu & achevé, mais exécuté de la part de celui à qui je parle. Si de mon côté je ments, je viole le traité que je viens de faire avec lui ; & par conſequent je péche contre la Loi Naturelle, qui veut que j'exécute de bonne foi mes Conventions. Quand même celui à qui je parle refuſeroit de croire ce que je lui dis, & ainſi n'accepteroit pas le traité que je lui propoſe, il ne laiſſeroit pas d'y avoir de la mauvaiſe foi dans mon procedé, ſi je lui propoſois de faire un traité que je n'aurois pas deſſein de tenir. Ainſi ſoit qu'on croye ce que je dis, ſoit qu'on ne le croye pas, je ſuis toûjours obligé à dire la verité.* Mais je crains bien que ce *pacte nouveau & particulier* de Mr. La Placette ne ſoit encore plus difficile à prouver que le *Pacte primordial* qu'il rejette. Comme, dans l'une & dans l'autre de ces Conventions, le conſentement n'eſt que tacite, il faut qu'il y ait quelque choſe qui donne lieu de le préſumer par une conſéquence manifeſte. Mr. *la Placette* veut que, quand *on parle à quelqu'un, on s'oblige à lui dire ce que l'on penſe*. C'eſt à lui à prouver qu'on s'y oblige *toûjours*, & par une ſuite néceſſaire de la nature même de la Parole ; car voilà en quoi conſiſte la queſtion. Il faudroit auſſi faire voir, qu'on *exige toûjours* de ceux à qui l'on parle, *qu'ils nous en croyent*. Je ne ſçai même ſi on l'*exige* jamais, enſorte qu'on prétende les y *obliger* par contract, comme le ſuppoſe ce raiſonnement. Que ceux, à qui l'on parle ajoûtent foi, ou non, à ce qu'on leur dit, c'eſt leur affaire & non pas la nôtre. C'eſt à eux à voir, s'ils ont lieu, ou non, de croire qu'on leur dit vrai; & lors même qu'ils le croyent, ce n'eſt point parcequ'ils s'y ſont engagez par cette prétenduë convention; mais parcequ'ils ne voyent aucune raiſon de révoquer en doute notre ſincerité dans le cas dont il s'agit. Ce ſont eux, au contraire, qui *exigent* qu'on leur parle de maniere qu'ils ayent lieu de nous en croire ; mais ils n'ont pas toûjours droit de l'exiger, & par conſéquent on ne s'y engage pas toûjours.

fût impoſſible à ceux qui l'entendent, de ſçavoir ce qu'il a dans l'eſprit; ce ſeroit inutilement que l'on auroit inventé tous ces Signes. Voilà le ſentiment de (c) GROTIUS. Surquoi il faut remarquer, qu'il ne diſtingue pas aſſez l'obligation où l'on eſt d'employer les Signes, enſorte qu'ils faſſent connoître nos penſées d'avec celle où l'on eſt de découvrir à autrui nos penſées par quelqu'un de ces Signes: deux choſes diſtinctes ſans contredit, & qui ſont auſſi fondées ſur deux différens principes. Car, les Mots ne ſignifiant rien que par inſtitution, il faut neceſſairement ſuppoſer, (3) que tous ceux qui parlent une même Langue, ſont convenus d'exprimer communément certaines choſes par certains noms affectez. Mais pour être tenu de faire actuellement uſage de ces Signes, enſorte que l'on découvre par-là aux autres ce que l'on penſe au ſujet d'une certaine choſe, il doit y avoir de-plus, comme nous l'avons déja dit, quelque Loi generale du Droit Naturel qui nous le preſcrive, ou quelque Convention particuliere avec ceux à qui l'on parle.

(c) Liv. III. Chap. I. §. 11. *num.* 3.

Il y a pourtant des gens qui ſoûtiennent, que la violation d'une Convention n'entre pour rien dans la nature du Menſonge, (4) & ils ſe fondent ſur ce que *le principe & le fondement de toutes les choſes qui dépendent de quelque Convention, ſurtout d'une Convention tacite, eſt l'utilité particuliere des Contractans. Or*, ajoûtent-ils, *quel ſi grand avantage nous revient-il de ſçavoir tout ce que les autres penſent? Au contraire, il importe beaucoup à chacun d'avoir une entiere liberté de taire ou de diſſimuler adroitement les choſes qu'il a intérêt de cacher, & qu'il peut ne pas découvrir aux autres ſans faire tort à perſonne.* Mais on confond ici deux choſes très-différentes; car il eſt bien vrai que perſonne n'a intérêt de connoître toutes les penſées des autres, ni de leur découvrir toutes les ſiennes: auſſi les Hommes, en établiſſant l'uſage de la Patole, ne ſe ſont-ils engagez à ſe découvrir mutuellement que celles que l'on auroit droit de connoître; comme nous l'avons ſuffiſamment démontré. Mais du moment qu'on ſe trouve dans quelqu'un des cas où il faut indiſpenſablement dire ce que l'on penſe, alors la Convention qui intervient dans l'établiſſement des Langues, commence à avoir ſon effet; enſorte qu'elle nous met dans la néceſſité d'employer des termes & des expreſſions propres à faire entendre nos penſées à ceux qui ont droit de les connoître. En quoi chacun trouve certainement un ſi grand avantage, que ſans cela la Parole deviendroit entierement inutile.

En quel cas on peut innocemment *diſſimuler une partie de la verité?*

§. XI. DE ce que nous avons dit on peut aiſément inférer, pourquoi certains diſcours où l'on ne dit pas les choſes purement & ſimplement telles qu'elles ſont, paſſent ordinairement, & avec raiſon, pour exemts de tout Menſonge. Quelques-uns

(3) Cela eſt vrai; mais, comme on l'a dit ci-deſſus, ce conſentement par lui-même n'a rien d'obligatoire, & il n'eſt pas néceſſaire de le ſuppoſer pour établir le ſentiment de notre Auteur. Car, que l'on ſoit convenu ou que l'on ne ſoit pas convenu d'exprimer certaines choſes par certains termes, il n'importe; il ſuffit que ceux qui parlent une même Langue ſe ſervent actuellement de ces termes, enſorte que pour l'ordinaire ils ne peuvent pas ſe faire autrement entendre les uns aux autres. Car de cela ſeul il s'enſuit, que, quand on eſt dans quelque obligation de donner à connoître à quelqu'un ce qu'on a dans l'eſprit, on doit employer les termes dans le ſens qu'ils ont ſelon l'Uſage reçu, comme étant alors le ſeul moyen de parvenir au but que l'on doit ſe propoſer. Du reſte, ſi l'on peut ſe faire entendre en inventant de nouveaux mots, ou en donnant à ceux qui ſont en vogue un nouveau ſens, rien n'empêche qu'on ne les employe: ce qui ne ſeroit pas, s'il étoit vrai qu'il y eût entre tous ceux qui parlent une même Langue une Convention generale, comme celle qu'on ſuppoſe, qui déployât ſon effet du moment qu'on eſt obligé de découvrir aux autres ce que l'on penſe.

(4) Notre Auteur réfute ici JEAN LOUÏS PRASCHIUS, de qui ſont les paroles ſuivantes, tirées d'une Diſſertation *De Mendacio*, que l'on trouve après le Commentaire de BOECLER ſur GROTIUS, à la fin de l'*Appendix*. Voyez la page 33 de cette Diſſertation. Je n'examine pas ſi la critique de notre Auteur eſt bien fondée, il me ſuffit d'avoir redreſſé ſes idées pour ce qui regarde le fonds de la queſtion.

diſtinguent ici entre *dire une fauſſeté*, & *taire ou diſſimuler une partie de la verité.* Le premier, ſelon eux, eſt toûjours illicite: mais l'autre eſt ſouvent très-innocent. Il faut remarquer là-deſſus, que, quoiqu'à proprement parler ce ne ſoit point un Menſonge de ne pas dire ou de taire une choſe, ſurtout lorſqu'on ne donne à entendre le contraire par aucun ſigne équivalent à la Parole: il y a néanmoins une autre raiſon qui peut rendre le Silence criminel, c'eſt lorſque par-là on empêche quelqu'un d'acquérir un Bien que l'on étoit obligé de lui procurer, ou qu'on lui cauſe un Mal dont on devoit le garantir (1). Ainſi une Sentinelle qui eſt placée en un certain endroit pour avertir de l'arrivée des Ennemis, mérite d'être punie ſi lorſqu'elle les voit elle ne vient pas en donner avis. Et POLYBE va juſqu'à dire, que *ſupprimer dans l'Hiſtoire ce qui eſt arrivé, n'eſt pas un menſonge moindre que de dire ce qui ne fut jamais* (2). Mais quand il s'agit d'une choſe que l'on n'eſt pas tenu de découvrir aux autres, s'il n'y a pas moyen de la cacher toute entiere ſans quelque inconvénient, on peut fort bien n'en dire qu'une partie. C'eſt ainſi que le Prophete

(a) *Jerem.* Chap. XXXVIII. verſ. 25. *& ſuiv.* Voyez *Grotius*, Liv. III. Chap. I. §. 7.

(b) Voyez ci-deſſous, §. 13.

(c) *Geneſ. XII*, 12.

*Jeremie* (a) ayant été appellé en ſecret par le Roi *Sédécias*, qui vouloit ſçavoir de lui l'iſſue du ſiége de *Jeruſalem*, céla l'événement, par ordre de ce Prince, aux Grands de l'Etat, en leur alleguant un autre ſujet, mais très-véritable, de l'entretien qu'il avoit eu avec lui: car il n'étoit point obligé de leur reveler tout ce qu'il avoit dit au Roi. De même, quelques hommes qui étoient envoyez pour prendre *St. Athanaſe*, (b) lui ayant demandé à lui-même, qu'ils ne connoiſſoient point, s'il ne ſçavoit pas où il étoit paſſé, il leur dit qu'il ne faiſoit que de paſſer par-là; ſe gardant bien d'ajoûter qu'il avoit rebrouſſé chemin. Pour l'exemple d'*Abraham* (c), il y en a qui doutent ſi ce ſaint homme fit prudemment de diſſimuler que *Sara* fût ſa Femme, & de l'appeller ſa Sœur; car, dit-on, il ſçavoit bien que la beauté de *Sara* étoit capable de faire impreſſion ſur le cœur des *Egyptiens*, & qu'on attaque plus aiſément une Femme non mariée qu'une Femme mariée (3). Et ce n'eſt pas ſans raiſon que le Roi *Abiméléch* fit des reproches à *Abraham* de ce qu'il en avoit uſé ainſi; car il y a de l'inhumanité à préſumer que la crainte de DIEU, & l'amour de la Juſtice, ſont entierement bannies d'un Etat avant que d'en avoir quelque preuve. D'autres néanmoins excuſent ici *Abraham*, par la raiſon que l'amour de la Vie a beaucoup de pouvoir ſur l'eſprit des plus grands hommes, & qu'il n'eſt preſque rien de criminel & d'illicite quand on s'y porte pour éviter la Mort. Mais je ne décide rien là-deſſus.

Juſques où il eſt permis de *feindre ?*

(a) *Liv.* III. *Chap.* I. §. 8. *num.* 3.

§. XII. IL faut encore diſtinguer ici, avec GROTIUS (a), les Signes qui ont été inventez pour donner à connoître certaines choſes, avec une Obligation réciproque d'en faire un tel uſage, ou, comme dit ARISTOTE, en vertu d'une Convention; d'avec les autres indices dont la ſignification n'a point été déterminée d'un commun accord. (1) Pour les premiers, on eſt tenu de s'en ſervir conformément à leur inſtitution. Mais il n'en eſt pas de même des autres indices que l'on n'eſt

§. XI. (1) L'Auteur citoit ici ce demi-vers:

—— *Animumque nefas ſcelerare ſilendo.*

SILIUS ITALICUS, *Lib.* XVI, 610.

(2) Ἀγνοῶν ὅτι τὸ ψεῦδος οὐχ ἧττόν ἐστι περὶ τοὺς καὶ τὰ γεγονότα γράφοντας ἐν ταῖς ἱστορίαις. Lib. XII. Cap. VI. *fin.* J'ai ſuivi la traduction que Mr. LE CLERC a donné de ce paſſage dans le *Parrhaſiana*, Tome I. pag. 160. où l'on trouvera tout ce qui précede, & qui a donné lieu à la réfléxion de POLYBE.

(3) Mais, comme l'a remarqué Mr. LE CLERC, Abraham pouvoit feindre pluſieurs prétextes pour faire entendre que *Sara* n'étoit pas en état de ſe marier, ou pour differer du moins ſon mariage juſqu'à ce qu'il trouvât moyen de quitter l'*Egypte.* Au lieu que, s'il eût été reconnu pour ſon Mari, on auroit dreſſé des embuches à ſa vie, pour lever, en ſe défaiſant de lui, le ſeul obſtacle qui s'oppoſoit à la jouïſſance de *Sara.*

§. XII. (1) Voyez ce que j'ai dit ſur l'endroit de GROTIUS cité en marge, *Note* 3.

point convenu de rapporter à quelque choſe de fixe. Car encore qu'on prévoye qu'ils donneront lieu à quelque faux jugement, on ne laiſſe pas de pouvoir les employer, pourvû que par-là on ne faſſe tort à perſonne; ou que, s'il en provient du dommage, ce ſoit un dommage que l'on ait d'ailleurs droit de cauſer tout ouvertement. Comme il n'y a point de Convention ni generale, ni particuliere, qui engage à ſe propoſer telle ou telle fin, plûtôt qu'une autre, pour empêcher que quelqu'un ne tire de fauſſes conſéquences de ce qui ſouffre diverſes interprétations; chacun eſt cenſé ici avoir une pleine & entiere liberté d'en uſer de la maniere que bon lui ſemble, toutes les fois que cela ſe peut ſans que perſonne en reçoive injuſtement du dommage. Que ſi quelqu'un s'y trompe, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même, & à ſon trop de curioſité pour les affaires d'autrui. D'ailleurs, quand on ne fait qu'uſer de ſon droit, on n'eſt pas toûjours tenu de s'abſtenir de ce qui peut jetter les autres dans quelque erreur innocente. Si, par exemple, je laiſſe pendant toute la nuit de la lumiere dans ma Chambre, ou parceque je ſuis peureux, ou en cas de néceſſité; & qu'un Voiſin là-deſſus s'imagine que je le fais pour travailler ou pour étudier, je ne dois pas éteindre ma Chandelle pour le déſabuſer de cette penſée. A l'égard de l'exemple qu'on allegue de *Nôtre Seigneur* JESUS-CHRIST, qui (b) ſe trouvant près du Bourg d'*Emmaüs*, avec deux de ſes Diſciples qu'il avoit rencontrez en chemin, ſans en être connu, *feignit d'aller plus loin;* la choſe ne ſouffre point de difficulté. Il eſt permis à chacun de prendre, comme il lui plaît, l'air & la mine d'où ces Voyageurs infererent que *Jeſus* vouloit paſſer outre; & rien n'eſt plus ordinaire dans la Vie que de faire ſemblant de s'en aller, pour voir ſi l'on ſera bien reçu de ceux chez qui l'on ſe trouve, & pour ſe faire prier de reſter; faute dequoi on a effectivement deſſein de partir. La démarche que fit (c) *St. Paul*, en circonciſant ſon Diſciple *Timothée*, paroît demander un (2) plus profond examen. Mais il n'y a point de doute que l'on ne puiſſe, par une Fuite feinte, ou en prenant les Habits & les Armes, ou en arborant les Etendars & le Pavillon d'un Ennemi à qui l'on avoit d'ailleurs droit de nuire ouvertement, le tromper & le ſurprendre.

(b) *Luc* XXIV, 28. Voyez là-deſſus la Note de *Grotius*.

(c) *Actes* XVI, 3.

Des *Equivoques*.

§. XIII. SELON (a) le même Auteur on ne ſe rend pas non-plus coupable de Menſonge, lorſqu'on ſe ſert de *quelque terme ou de quelque façon de parler équivoque*, c'eſt-à-dire, ſuſceptible de pluſieurs ſens, ſoit dans l'uſage ordinaire, ſoit dans le ſtile de quelque Art, ſoit par une figure commune & aiſée a entendre: il n'y a là, dis-je, aucun Menſonge, pourvû que nôtre penſée réponde exactement à quelqu'une de ces ſignifications, quand même on croiroit que celui qui nous écoute prendra nos paroles en un autre ſens que celui qu'on a dans l'eſprit. Il eſt vrai que, comme ajoûte GROTIUS, on ne doit point avoir recours à de telles ambiguitez ſans quelque ſujet, & à moins que cela ne ſerve, par exemple, à l'inſtruction de ceux qui ſont confiez à nos ſoins, ou à éluder une queſtion importune & captieuſe (b), ou à nous procurer quelque avantage innocent (c). Du reſte, toutes les fois qu'on eſt dans l'obligation de découvrir clairement ſa penſée à quelqu'un, il n'y a pas moins de crime à le tromper par une Equivoque que par un Menſonge tout pur; d'autant plus que pour donner le change à celui qui nous écoute, il faut néceſſairement s'exprimer de telle

(a) *Liv.* III. *Chap.* I. §. 10. *num.* 3, 4.

(b) Voyez *Senec. Troad.* verſ. 597. & *ſeqq.*

(c) Voyez I. *Sam.* XXVII. 10.

(2) Il ſemble qu'on peut fort bien ſe contenter de ce que dit GROTIUS, & que l'on trouvera dans le Chapitre ſi ſouvent indiqué, §. 8. *num.* 5. Sur ce qu'il dit là des Peres Grecs, qui donnent ſouvent le nom d'*économie*, ou ſage ménagement, à une feinte innocente de cette nature, voyez le ſçavant GATAKER, *in* MARC. ANTONIN. Lib. XI. §. 18.

maniere, que le ſens qu'on a dans l'eſprit ne ſoit pas le plus commun & celui qui ſe préſente d'abord, mais un autre plus abſtrus: car ſi l'un & l'autre eſt également en vogue, il ne ſe trouvera guéres perſonne d'aſſez négligent pour ne pas demander à celui qui parle, comment il entend le terme ou l'expreſſion équivoque. Mais, comme je l'ai dit, il n'y a point de mal à ſe ſervir de termes ambigus ou même obſcurs, (d) à deſſein d'inſtruire une perſonne, ou de voir les progrez qu'elle a faits, lorſque l'on n'en viendroit pas à bout ſi aiſément par un langage clair & ſimple. De même, ſi l'on ne peut ſe diſpenſer de parler, & que l'on ne ſoit point d'ailleurs tenu de découvrir à quelqu'un ſes penſées, rien n'empêche qu'on ne le jette poſitivement dans quelque erreur d'où il ne lui revient d'autre mal que l'erreur même. Qui voudroit, par exemple, blâmer *St. Athanaſe* (e), de ce qu'un homme, qui avoit ordre de le faire mourir, l'ayant rencontré ſans le connoître, & lui ayant demandé ſi *Athanaſe* étoit bien loin, il répondit, que non (1)?

(d) Voyez *Jean* VI, 5. & ſuiv. & *Grotius, ubi ſuprà, num.* 4.

(e) *Theodoret.* Hiſt. Eccl. Lib. III. Cap. IX.

De là il paroît, que l'on doit entendre avec quelque reſtriction ce que dit le même Auteur (f), que *pour ſe former une idée generale & complette de la nature du Menſonge, il faut poſer que ce qui eſt dit, ou écrit, ou marqué par des caracteres, ou donné à entendre par quelque geſte, ne puiſſe être pris que dans un ſens différent de la penſée de celui qui s'exprime par ces ſignes.* Car, ſi l'on eſt obligé de manifeſter clairement ce qu'on a dans l'eſprit, il faut abſolument s'exprimer avec tant de netteté, que le ſens qui convient le mieux à la nature de l'affaire dont il s'agit, ou à l'uſage commun des termes, ſoit auſſi celui qui répond préciſément à nôtre penſée. Et ſous prétexte que celui à qui l'on parle n'a pas eu l'art de deviner, ou ne s'eſt pas aviſé de rechercher tous les ſens peu uſitez, ou éloignez du ſujet, ou même forcez, des termes dont on s'eſt ſervi; on n'a pas droit de lui répondre qu'il s'en prenne à lui-même de ce qu'il ne nous a pas bien compris, & que par-là il s'eſt cauſé du dommage. *C'eſt un lâche artifice, & un grand ſigne de friponnerie, que d'avoir recours aux Equivoques lorſqu'il s'agit de Contracts, ou de quelque affaire d'intérêt* (2), comme le dit très-bien un ancien Orateur Grec.

(f) *Liv.* III. Chap. I. §. 11. *num.* 1.

*Des Reſervations mentales.*

§. XIV. Mais une choſe incomparablement plus déteſtable, ce ſont (1) ces *Reſervations mentales* que certaines gens ont inventées par un artifice diabolique, pour tordre & ramener à un ſens directement contraire les paroles les moins équivoques; enſorte que par-là on paroît affirmer ce que l'on nie dans le fond de ſon ame, ou nier ce que l'on affirme, lors même qu'on eſt tenu de dire la verité, & que l'on aſſure de-plus quelque choſe avec ſerment. C'eſt-là rendre entierement inutile le commerce du Langage, & réduire tout le monde à l'impoſſibilité de ſçavoir quelle eſt la penſée de ceux avec qui l'on parle. Mais rien auſſi n'eſt plus abſurde & plus extravagant que cette invention; car l'uſage de la Parole ayant été établi pour donner à connoître ce que l'on a dans l'eſprit, & nos penſées ne ſervant de rien dans le commerce de la Vie, tant qu'elles ne ſont pas manifeſtées; comment eſt-ce qu'une reſervation mentale, c'eſt-à-dire, une reſtriction que l'on ſupprime, & qui, ſelon l'uſage

§. XIII. (1) Notre Auteur a déja rapporté cet exemple ci-deſſus, §. 11. avec quelque différence pour l'expreſſion. Voyez au reſte, ſur le conte même, ce que l'on remarque dans les *Nouvelles de la République des Lettres*, Mars 1699. pag. 274.

(2) Οἷς χρῆσθαι [λόγοις ἀμφιβόλοις], περὶ μὲν συμβολαίων καὶ πλεονεξίας ἀγωνιζόμενον, αἰσχρὸν, καὶ πονηρίας οὐ μικρὸν σημεῖον. Isocrat, *in Panathenaïc.* pag. 283. A. *Edit. H. Steph.*

§. XIV. (1) Voyez Mr. La Placette, dans ſon Traité *du Menſonge*, &c. Chap. VIII. *&* *ſuiv.*

(2) Ce

l'uſage ordinaire, ne ſe ſouſentend jamais, pourroit empêcher l'effet naturel des paroles qu'on prononce? J'avoue que la nature de la choſe dont il s'agit, ou quelques autres circonſtances, donnent lieu très-ſouvent de ſuppléer, dans un diſcours general, quelque condition ou quelque reſtriction tacite, par le moyen de laquelle on accommode les termes convenablement au ſujet, & on éloigne les abſurditez qui s'enſuivroient ſi l'on s'attachoit trop rigoureuſement à la lettre. Mais quelle ombre de raiſon ou de fineſſe y a-t-il à dire, par exemple, avec ſerment, lorſqu'on nous demande, *Avez-vous fait cela? Je ne l'ai pas fait:* en ſouſentendant, *un autre choſe* que celle ſurquoi l'on nous interroge; ou bien, *un autre jour?* Eſt-ce une ſubtilité fort ingénieuſe de répondre à un homme, qui nous prie de lui prêter de l'argent, *Je n'en ai point*, c'eſt-à-dire: *pour vous donner?* ou bien, *Je promets de vous en prêter*, c'eſt-à-dire, *je vous promets par maniere d'acquit, & ſans avoir deſſein de tenir ma parole.* C'eſt une défaite impertinente que de prétendre, comme font quelques-uns, diſculper de menſonge & de parjure ceux qui ſe ſervent de ces reſervations mentales, par la raiſon que (2) *l'on ne fait alors que ne pas dire une verité déterminée, telle que la conçoivent ceux qui nous écoutent, & que les termes ſignifient; mais on dit toûjours une verité, quoique différente.* Beau raiſonnement! comme ſi c'étoit répondre à une demande, que de dire quelque autre choſe de véritable en lui-même, mais qui ne fait rien au ſujet; ou comme porte le Proverbe, *de parler d'ail quand on nous demande des oignons!* (a) Il n'eſt pas moins abſurde, de ſoûtenir, que de l'aſſemblage des paroles que l'on prononce & de la reſervation mentale, il ſe forme une propoſition entiere, dans laquelle, ainſi priſe, il n'y a point de fauſſeté. Par exemple, ſi un homme dit, *Je ne ſuis pas Prêtre*, & qu'il ſouſentende, *pour vous le dire;* cette propoſition entiere, *Je ne ſuis pas Prêtre, pour vous le dire*, eſt très-véritable. Mais le Langage ayant été établi en faveur de ceux à qui l'on parle, & non pas afin qu'on ſe parle à ſoi-même, il faut juger de la verité ou de la fauſſeté d'un diſcours, par l'idée que donnent les termes dont on ſe ſert.

(a) Voyez *les Lettres Provinciales* de Mr. *Paſcal*, Lett. IX.

Juſques où il eſt permis de dire quelque choſe de faux à un *Enfant*, ou à un *Inſenſé?*

§. XV. ON croit ordinairement, que ce n'eſt pas une menterie criminelle, de dire à un (1) Enfant, ou à un Inſenſé, quelque choſe de faux & d'inventé tout exprès. La raiſon en eſt, ſelon GROTIUS (a), que *les Enfans & les Inſenſez n'ayant pas la liberté du Jugement, on ne ſçauroit leur faire du tort à cet égard.* Voilà qui eſt bien pour les *Inſenſez*, du moins tant qu'ils n'ont aucune étincelle de bon ſens; mais à l'égard des *Enfans* la raiſon de GROTIUS ne me paroît pas ſuffiſante. J'avoue qu'ils embraſſent imprudemment & ſans réfléxion la premiere choſe qu'on leur dit, ou qu'on leur fait entendre de quelque autre maniere, & qu'ils ne ſont pas capables de diſcerner le vrai d'avec le faux, par la voye du raiſonnement; mais cela n'empêche pas, qu'entant qu'Hommes ils n'ayent droit de prétendre qu'on ne leur faſſe point

(a) *Liv.* III. *Chap.* I. §. 12.

(2) Ce ſont les propres paroles de SANCHEZ, Jeſuite, dont on trouvera pluſieurs paſſages ſur cette matiere, dans la Traduction de la *Lettre Provinciale*, à laquelle notre Auteur renvoye; car WENDROCK, ou NICOLE, a rapporté plus au long ces paſſages, qu'ils ne ſont dans l'Original de PASCAL.

§. XV. (1) Par la même raiſon qu'on peut inventer quelque choſe de faux pour tromper innocemment un Enfant, & pour s'accommoder à ſa portée, on peut auſſi ſe ſervir, à l'égard des perſonnes faites, de quelques raiſonnemens foibles, ou que l'on croit même n'avoir aucun fondement, lorſqu'ils ſont proportionnez à leur tour d'Eſprit, ou qu'elles en ſont prévenus, & qu'il n'y a pas moyen autrement de leur faire goûter une verité utile. C'eſt ainſi qu'on trouve, dans le Nouveau Teſtament, quantité de paſſages du Vieux, pris dans le ſens auſquels les *Juifs* les entendoient communément, quoiqu'il ne répondît pas à l'Original, & pluſieurs argumens *ad hominem*, fondez là-deſſus ou ſur d'autres opinions des *Juifs*, qui étoient fauſſes ou incertaines. Voyez les Notes Latines de Mr. LE CLERC ſur le Nouveau Teſtament, principalement ſur l'Epitre aux *Galates;* & le PARRHASIANA, Tome I. pag. 82, 83, 84. de la 1. Edition.

de mal, qu'on exerce envers eux les devoirs de l'humanité, & en particulier que leurs Parens, & ſurtout ceux qui ſont chargez de leur éducation, leur inſpirent de bons ſentimens (b). D'ailleurs ils ont du moins aſſez de jugement pour comprendre des choſes ſimples & aiſées. Il faut donc dire, qu'à cet égard ils peuvent auſſi-bien que les perſonnes faites, exiger de plein droit qu'on leur propoſe, d'une maniere proportionnée à leur portée & à leur intelligence, ce qu'on eſt tenu de leur enſeigner & de leur faire connoître; mais parceque la foibleſſe de leur raiſon, & l'impetuoſité de leurs Paſſions, les portent ordinairement à ſe dégoûter de la verité toute nuë, il eſt bon de les inſtruire par les Fables ingenieuſes, & de les retenir dans leur devoir par de fauſſes craintes, juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de juger ſainement des choſes, & de goûter les veritez ſolides ſans l'enveloppe des fictions. Ainſi ce n'eſt point pour ſe jouer d'eux, ou pour leur faire du mal, que l'on uſe envers eux de quelque innocent artifice de cette nature; mais parceque leur âge ne permet pas de prendre des voyes plus ſérieuſes, pour leur perſuader certaines (2) choſes, & pour faire entrer dans leur Eſprit les inſtructions dont ils ont beſoin. *Ce ne ſont pas ſeulement les Poëtes,* diſoit (3) STRABON, *qui ont employé les Fables: les Chefs des Etats & les Légiſlateurs s'en étoient déja ſervis long-tems auparavant pour des raiſons d'utilité, & en conſéquence des réfléxions qu'ils avoient faites ſur la nature de l'Animal Raiſonnable. Car l'Homme déſire d'apprendre, & l'avidité des Fables lui en ouvre le chemin. C'eſt par-là que les Enfans commencent à écouter & à converſer. La raiſon en eſt, que la Fable préſente quelque choſe de nouveau, elle parle d'autre choſe que de ce qu'on voit. Or ce qui eſt nouveau, & ce que l'on ne ſçavoit pas encore, donne du plaiſir, & c'eſt cela même qui excite la curioſité. Que ſi on y trouve encore le Merveilleux & quelque choſe qui tienne du prodige, cela augmente le plaiſir, qui eſt l'appât du deſir d'apprendre. On eſt donc obligé de prendre d'abord par-là les Enfans; mais dans la ſuite, à meſure qu'ils avancent en âge, il faut les mener à la connoiſſance de la verité même, leur eſprit ayant alors acquis des forces, & n'ayant plus beſoin d'être flatté.*

(b) Voyez *Matth.* XVIII, 10.

On peut feindre ou diſſimuler pour faire du bien à autrui.

§. XVI. Je dis plus, & je ſoutiens que l'on peut ſans ſe rendre coupable de men-

(2) *Sed veluti pueris abſinthia tetra medentes*
*Cùm dare conantur, priùs oras pocula circum*
*Contingunt mellis dulci flavoque liquore,*
*Ut puerorum ætas improvida ludificetur,*
*Labrorum tenus, interea perpotet amarum*
*Abſinthi laticem, deceptaque non capiatur,*
*Sed potius tali facto recreata valeſcat.*
LUCRET Lib. I. verſ. 915. *& ſeqq.*

„J'imite ces ſages Médecins, qui voulant faire „prendre de l'abſinthe à un Enfant, frottent de miel „les bords de la coupe, afin qu'attiré par cette „douceur, il avale le breuvage amer, & ſe laiſſe „gagner par l'innocente ruſe dont on ſe ſert à ſon „égard, non à deſſein de le tromper véritablement, „mais pour rétablir ſa Santé.

(3) Καὶ πρῶτον, ὅτι τοὺς μύθους ἀνελέξαντο οὐχ οἱ ποιηταὶ μόνον, ἀλλὰ καὶ αἱ πόλεις πολὺ πρότερον, καὶ οἱ νομοθέται, τοῦ χρησίμου χάριν, βλέψαντες εἰς τὸ φυσικὸν πάθος τοῦ λογικοῦ ζώου. Φιλειδήμων γὰρ ὁ ἄνθρωπος· προοίμιον δὲ τούτου τὸ φιλόμυθον, ἐντεῦθεν οὖν ἄρχεται τὰ παιδία ἀκροᾶσθαι καὶ κοινωνεῖν λόγων ἐπὶ πλεῖον. Αἴτιον δ' ὅτι καινολογία τίς ἐστιν ὁ μῦθος, οὐ τὰ καθεστηκότα φράζων, ἀλλ' ἕτερα παρ' αὐτά, ἡδὺ δὲ τὸ καινὸν, καὶ ὃ μὴ πρότερον ἔγνω τίς· τοῦτο δ' αὐτὸ ἐστι καὶ τὸ ποιοῦν φιλειδήμονα. Ὅταν δὲ προσῇ καὶ τὸ θαυμαστὸν, καὶ τὸ τερατῶδες, ἐπιτείνει τὴν ἡδόνην, ἥπερ ἐστὶ τοῦ μανθάνειν φίλτρον. Καταρχὰς μὲν οὖν ἀνάγκη τοιούτοις δελέασι χρῆσθαι· προϊούσης δὲ τῆς ἡλικίας, ἐπὶ τὴν τῶν ὄντων μάθησιν ἄγειν, ἤδη τῆς διανοίας ἐῤῥωμένης, καὶ μηκέτι δεομένης κολάκων. Lib. I. pag. 19. *Edit. Pariſ.* (35, 36. *Edit. Amſtel.* Notre Auteur citoit encore THEOCRITE, Idyll. XV. verſ. 40. & il renvoyoit à l'eloge que fait PHILOSTRATE, *de vita Apollon. Tyan.* Lib. V. (Cap. V. *Edit. Morell.*) Cap. XIV. *Edit. Lipſ. Olear.* des Fables d'ESOPE. L'on y peut ajoûter la Préface des *Fables de* LA FONTAINE, & la Diſſertation de Mr. BUDDEUS, intitulée, *Philoſophus fabularum amator*, parmi ſes *Analecta Hiſtoria Philoſophica.*

ſonge, jetter dans quelque erreur ſalutaire tous ceux généralement par rapport auſquels on ne ſçauroit venir à bout, par un langage veritable, d'une fin légitime que l'on ſe propoſe en leur faveur. Et ici il n'eſt pas néceſſaire de fonder cette permiſſion ſur ce qu'*il y a lieu de preſumer* (a), *que celui à qui l'on parle, bien-loin de s'offenſer de l'atteinte que l'on donne à la liberté de ſon Jugement, nous en ſçaura bon gré à cauſe de l'avantage qui lui en revient* : deſorte qu'il ne reçoit par-là aucune injure, puiſqu'on n'en fait point à qui conſent. Il vaut mieux, à mon avis, dire tout ſimplement, que celui à qui l'on parle avoit bien droit d'exiger que nous employaſſions nos paroles à lui procurer quelque bien, ou à le garantir de quelque mal; mais non pas que nous les fiſſions ſervir à produire un effet directement oppoſé. Or c'eſt ce qui ſeroit arrivé, ſi on lui eût donné à entendre la choſe telle qu'elle étoit, ſans aucun déguiſement. Ainſi en ce cas-là on eſt auſſi indiſpenſablement obligé de s'accommoder au génie & à l'état de celui à qui l'on parle, qu'un Medecin de proportionner ſes remedes aux forces & au tempérament du Malade. Puis donc que celui envers qui l'on uſe de quelque déguiſement qui lui eſt ſalutaire, n'avoit pas droit d'exiger qu'on s'exprimât d'une maniere qui lui auroit été pernicieuſe, on ne ſauroit ſuppoſer qu'il ait renoncé à ſon droit. Et comme d'autre côté on étoit tenu, ou par la Loi generale de l'Humanité, ou en vertu de quelque engagement plus particulier, de lui rendre le ſervice que l'on ſe propoſe par cet artifice innocent, il eſt clair qu'on ne pouvoit pas être obligé de s'exprimer d'une maniere qui nous auroit empêché d'arriver à notre but. Ce ſont donc des fictions non ſeulement permiſes, mais encore louables, que celle dont la prudence conſeille de ſe ſervir adroitement (b), pour mettre à couvert l'innocence de quelqu'un, pour appaiſer une perſonne en colere, pour conſoler les affligez, ou pour procurer quelqu'autre avantage, qu'il n'y avoit pas lieu d'eſperer en diſant les choſes naïvement, telles qu'elles ſont (1). Ainſi *Rahab* fit bien de cacher (c) les Eſpions des *Iſraëlites*, & de dire au Roi de *Jéricho*, qu'ils étoient partis (2). Cette action eſt louée dans (d) le Nouveau Teſtament; & ce n'eſt pas, comme le prétend (e) Grotius, à cauſe qu'avant la publication de l'Evangile un Menſonge ſalutaire à quelque homme de bien ne paſſoit point pour un péché; car il n'eſt pas moins permis aujourd'hui, ſous le Chriſtianiſme, d'uſer de pareils déguiſemens, pourvû que par-là on ne manque point d'ailleurs à ce qui eſt du devoir d'un bon Citoyen. Il eſt permis auſſi à (f) un Général, de relever le courage abattu de ſes Soldats par une fauſſe nouvelle, qui les encourageant leur faſſe remporter la victoire, ou éviter quelque grand péril; de leur repréſenter le nombre des Ennemis moindre qu'il n'eſt effectivement; de leur faire eſperer en peu de tems un ſecours qu'il ſçait ne devoir pas arriver ſi-tôt; & d'avoir recours pour le bien de ſon

(a) Voyez *Grotius*, Liv. III. Chap. I. §. 14. num. 1.

(b) Voyez *Exod.* I. 17, 19. I. *Samuel*, XIX, 12. & ſuiv. XX, 5, 28, 29. II. *Sam.* XIV, 4. & ſuiv. II. *Corinth* IX, 2, 3, 4. *Plin.* Lib. III. Epiſt. XVI. *Horat.* Lib. III. Ode XI. 35, 36. *Euripid.* Phœniſſ. verſ. 998. & ſeqq. *Sadi Roſarium Perſic.* Cap. I. *Socrat.* Hiſt. Eccleſ. Lib. III. Cap. XIV.

(c) *Joſué* II, 4.

(d) *Hebr.* XI, 31. *Jacques*, II, 25.

(e) Not. in Joſ. *ubi ſuprà.*

(f) Voyez *Cornel. Nepos*, in Eumen. Cap. III. *Xenophon*, Apomnemat. Socrat Lib. IV. *Cap.* II. §. 16, 17. *Edit. Oxon. Sophocl.* in Philoct. verſ. 108, 109. *Frontin.* Strateg. Lib. I. Cap. XI. Lib. II. Cap. VII. *Polyæn.* Lib. I. Cap. XXXIII.

§. XVI. (1) Καλὸν γὰρ ποτε καὶ τὸ ψεῦδος, ὅταν ὠφελῶν τοὺς λέγοντας, μηδὲν καταβλάπτῃ τοὺς ἀκούοντας. „Le Menſonge même eſt loüable, „lorſqu'il en revient du profit à ceux qui le diſent, „ſans cauſer aucun dommage à ceux qui l'écoutent. Heliodor. *Æthiopic.* Lib. I. Cap. III. pag. 50. *Edit. Bourdel.* L'Auteur citoit ce paſſage. Ajoûtons ce que dit. Menandre, Que le Menſonge vaut mieux, qu'une Verité nuiſible.

Κρεῖττον δὲ ἐλέσθαι ψεῦδος. ἢ ἀληθὲς κακόν.

Ex incert. Comœdi. *Fragm.* 33. *Edit. Cleric.*

(2) C'eſt qu'elle ſçavoit, que Dieu, par un jugement extraordinaire, devoit livrer les *Cananéens* aux *Iſraëlites.* Autrement elle n'auroit pas agi en bonne Citoyenne, de receler les Eſpions d'un Peuple qui venoit envahir ſon Pays. Voyez la Note de Mr. Le Clerc ſur cet endroit; & St. Chrysostome, *De Pœnitentia*, Orat. II. pag. 774, 775. Tome VI. *Edit. Savil.* C'eſt-là que ſe trouve un paſſage que Grotius cite, *Liv.* III. Chap. I. §. 16. *Note* 2. de ma Traduction; mais dont j'aurois eu alors bien de la peine à deviner la ſource, puiſque l'Auteur ne donne aucun indice du Traite où il avoit pris les paroles qu'il rapporte. Le paſſage s'eſt depuis préſenté à moi par hazard, & en faiſant autre choſe.

Armée à d'autres ſemblables fictions. (3) Un Medecin ne doit pas non-plus être traité de menteur (4), parcequ'il tâche de perſuader fauſſement à ſon Malade, que le remede qu'il lui veut faire prendre eſt doux, ou benin. Par la même raiſon, *Joſeph* ne fit rien que de très-innocent, lorſque pour (g) exciter dans le cœur de ſes Freres un ſérieux repentir du crime dont ils s'étoient rendus coupables en le vendant; & afin de connoître en même tems les ſentimens qu'ils avoient pour *Jacob* leur Pere, & pour *Benjamin* leur Cadet, il les tint long-tems en allarme par de fauſſes accuſations. Enfin, tout le monde tombe d'accord qu'il ne faut pas mettre au rang des Menſonges, les Fables des Poëtes, dans leſquelles la verité eſt cachée ſous l'enveloppe agréable d'une fiction ingenieuſe (5).

(g) *Geneſ.* Chap. XLII. & ſuiv. *Joſeph.* Antiq. Jud. Lib. II. Cap. III.

*Juſques où cela eſt permis aux Conducteurs d'un Etat?*

§. XVII. Les *Conducteurs des Etats* peuvent auſſi quelquefois uſer d'une menterie ou d'une diſſimulation innocente (a). Comme il arrive ſouvent que leurs deſſeins, faute d'être tenus bien ſecrets, avortent, ou tournent même au préjudice de l'Etat;

(a) Voyez *Grotius,* Liv. III. Chap. I. §. 15.

(3) L'auteur citoit ici ce paſſage de Maxime *de Tyr:* Οὐδὲν γὰρ σεμνὸν τὸ τ᾽ ἀληθῆ λέγειν, εἰ μὴ γίνοιτο ἐπ᾽ ἀγαθῷ τοῦ μαθόντος. οὕτω ἰατρὸς νοσοῦντα ἐξαπατᾷ, καὶ στρατηγὸς στρατόπεδον, καὶ κυβερνήτης ναύτας; καὶ δεινὸν οὐδέν; ἀλλὰ ἤδη καὶ ψεῦδος ὤνησεν ἀνθρώπους, καὶ τ᾽ ἀληθὲς ἔβλαψεν. » Il n'y a rien de beau ni de loüable à dire la verité, » lorſqu'on ne le fait pas pour le bien de ceux qui » nous écoutent. Ainſi un Médecin trompe innocemment ſon Malade; un General, ſes Soldats; un » Pilote, ſes Mariniers; & perſonne n'y trouve à » redire. Il arrive même ſouvent que le Menſonge » eſt avantageux aux Hommes, au lieu que la Verité » leur porteroit du préjudice ». *Diſſert.* III. page 30. *Edit. Davis.*

(4) Καὶ μὲν καὶ τοὺς ἰατροὺς ὁρῶμεν, τὰς τῶν καμνόντων ἐπιθυμίας ἀπάταις ἀναβάλλοντας. ἤδη δέ που καὶ πρὸς ὑγιαίνοντας τοῦτο ποιοῦμεν, ὅταν ᾖ κρεῖττον, τοῦ τ᾽ ἀληθὲς ἀκοῦσαι, τὸ παρακουσθῆναι. » Nous voyons que les Médecins ſe ſervent de quel» que tromperie innocente pour guérir les fantaiſies » de leurs Malades. On en uſe même ainſi à l'égard » des perſonnes qui ſe portent bien, toutes les fois » qu'il leur eſt plus avantageux d'être trompées, que » de ſçavoir les choſes telles qu'elles ſont ». Libanius, *Declam.* XXIX. pag. 664. D. *Edit. Pariſ. Morell.* Notre Auteur, qui citoit ce paſſage, remarquoit auſſi qu'il y a lieu de douter s'il faut mettre au rang des ruſes innocentes dont on peut ſe ſervir auprès d'un malade, celle qu'employa *Eraſiſtrate*, pour guérir le Prince *Antiochus*, devenu amoureux de ſa belle-mere *Stratonice.* On en trouvera l'Hiſtoire dans le Traité *de la Déeſſe Syrienne*, qui eſt parmi les Oeuvres de *Lucien*, Tome II. & dans les *Dialogues des Morts* de Mr. *de* Fontenelle. 1. Part. Dialogue V. *des Morts anciens avec les modernes.* Notre Auteur déſapprouvoit encore un peu plus haut une ruſe dont *Ageſilas* s'aviſa, pour encourager ſes Soldats; ſans doute parcequ'elle eſt accompagnée d'une mocquerie de la Divinité. Voici le fait. Ce General voyant ſes gens effrayez du grand nombre de l'Armée Ennemie, écrivit ſur la paume de ſa main le mot de *Victoire*, & ayant pris d'un Devin le foye d'une Victime, le tint dans cette main juſqu'à ce que l'empreinte des lettres parût ſur le foye; après quoi il le montra aux Soldats, comme un préſage aſſuré que les Dieux leur donnoient de la victoire. C'eſt ce que rapporte Plutarque, *Apophthegm. Lacon.* pag. 214. E. Tome II. *Edit. Wechel.*

(5) Avec ces limitations, ajoûtoit ici notre Auteur, on peut admettre la maxime d'*Oreſte*, dans Sophocle, *Electr.* verſ. 61.

Δοκῶ μὲν οὐδὲν ῥῆμα σὺν κέρδει κακόν.

Mais ces paroles ne ſignifient pas, comme l'a cru notre Auteur, après les Traducteurs Latins, ſans en excepter celui qui nous a donné une nouvelle Edition de deux Tragédies de ce Poëte, imprimée à *Oxford*, en 1705. *Il n'y a rien que l'on ne puiſſe dire innocemment, lorſqu'il nous en revient du profit.* Mr. Dacier traduit différemment; mais il ne réüſſit peut-être pas mieux. Il ne faut que voir, dans ſa Traduction même, toute la ſuite du diſcours, pour ſentir que ces paroles doivent avoir un autre ſens. *Au fond,* (dit *Oreſte*) *quel mal peut-il m'arriver de paſſer pour mort, ſi je fais voir par mes actions que je ſuis plein du vie, & ſi je vais acquerir une gloire immortelle? Pour moi je ſuis perſuadé qu'il n'y a point de préſage funeſte où l'on trouve tant d'utilité.* Il falloit tourner, ce me ſemble, d'une maniere plus conforme à la penſée d'*Oreſte*, & aux termes Grecs: *Je ſuis perſuadé qu'il n'y a point de bruit répandu à notre ſujet, qui nous cauſe du deshonneur, qui nuiſe à notre réputation, lorſqu'on en retire tant d'utilité.* Cela paroît par ce qui ſuit: *Combien y a-t-il eu de Sages, qui après avoir été tenus pour morts pendant long-tems, ſont revenus enſuite chez eux, & n'ont été que plus honorez de tout le monde? J'eſpere que j'aurai le même bonheur, & qu'après avoir ſemé partout le bruit de ma mort, je paroîtrai tout d'un coup à mes Ennemis,* &c. Dans ces dernieres paroles le texte porte, τῆς δὲ τῆς φήμης ἀπὸ, &c. D'où il paroît que ῥῆμα eſt la même choſe que φήμη. Didier Herault, dans ſes Notes ſur Arnobe, pag. 152. *Edit. Pariſ.* entend par-là, des paroles de mauvaiſe augure: mais je ne vois aucun fondement à cette explication, que Mr. Dacier a apparemment priſe de là. Au reſte, on peut comparer cette expreſſion ῥῆμα κακὸν, avec une autre toute ſemblable qu'on trouve dans un paſſage du Nouveau Teſtament: *Vous ſerez bienheureux, lorſqu'on aura dit de vous fauſſement toute ſorte de mal* [Πᾶν πονηρὸν ῥῆμα] Matth. V, 11.

rien n'empêche que quand un ſimple ſilence ne ſuffiroit pas pour les cacher, ils ne ſément de faux bruits pour faire diverſion à la curioſité de ceux qui épient leurs démarches. *Le Menſonge*, diſoit un ancien Philoſophe (1) *eſt utile aux Hommes, comme un remede auquel ils ſont obligez d'avoir recours. Ainſi il n'appartient qu'aux Médecins de le mettre en uſage; cela eſt défendu aux Particuliers. C'eſt donc ſurtout aux Chefs de l'Etat qu'il eſt permis de mentir*, (2) *ou à cauſe des Ennemis, ou à cauſe des Citoyens mêmes, & cela pour le bien public; tous les autres doivent bien s'en garder.* On trouve un bel exemple de ce prudent artifice dans le jugement du Roi *Salomon* (b), au ſujet de la conteſtation de deux Femmes qui plaidoient à qui auroit un Enfant dont chacune ſe diſoit la Mere. Sous l'Empire de *Claude* (c), une Femme ne voulant pas reconnoître pour ſien un jeune Homme dont on prétendoit qu'elle fût la Mere, & les preuves qu'on alleguoit là-deſſus n'étant pas bien évidentes ni d'une ni d'autre part, l'Empereur trouva moyen de faire avouer la verité à cette Femme, en lui ordonnant d'épouſer le jeune Homme. Du tems de *Charlemagne*, un homme avec ſon fils furent accuſez en Juſtice d'avoir tué un Prêtre: comme on ne ſçavoit point quel des deux avoit commis le crime, & qu'ils ne vouloient pas ſe découvrir l'un l'autre; *Charlemagne*, à ce qu'on dit, prononça qu'on les fît mourir tous deux; alors le Pere avoua que c'étoit lui. Il y a en *Eſpagne* une Loi, portant que ſi une Eſclave devient groſſe de ſon Maître, elle doit être miſe en liberté. Un Gentilhomme étant accuſé d'avoir fait un enfant à une de ſes Eſclaves, le nia fortement. Comme il n'y avoit pas des preuves ſuffiſantes, *Alphonſe V.* Roi d'*Arragon*, ordonna qu'on vendît l'enfant. Le Gentilhomme alors l'avoua pour ſien (d). Les *Eſpagnols* ont ce Proverbe: *Dites une menterie, & vous découvrirez la verité.* Il faut rapporter encore ici les artifices dont on uſe pour cacher la maladie ou la mort d'un Prince, afin d'éviter les troubles & les deſordres qu'il pourroit y avoir ſi les Peuples ſçavoient ce qui en eſt. Mais je n'ai garde d'excuſer par ce principe les inventions que la politique de *Numa* lui fit imaginer (e), ni d'étendre la permiſſion de

(b) I. *Rois* III, 25.

(c) *Sueton.* in Claud. Cap. XV.

(d) *Anton. Panormitan. de factis & dictis Alfonſi*, Lib. II. Voyez d'autres exemples de cette nature, dans *Elien*, *Var. Hiſt.* Lib VIII. Cap. V. *Polyæn. Strateg.* Lib. II. Cap. II. num. 6. & 12. *Polyb.* Lib. XVI. Cap. XI. Voyez auſſi *Bacon*, *Serm. fid.* Cap. VI.

(e) Voyez les Ecrivains de l'Hiſt. Romaine, ſurtout *Tit. Live*, Lib. I.

§. XVII. (1) Εἰ γὰρ . . . . ἀνθρώποις δὲ [ψεῦδος] χρήσιμον, ὡς ἐν φαρμάκου εἴδει, δῆλον ὅτι τό γε τοιοῦτον ἰατροῖς δοτέον, ἰδιώταις δὲ οὐχ ἁπτέον . . . Τοῖς ἄρχουσι δὴ τῆς πόλεως, εἴπερ τισὶν ἄλλοις, προσήκει ψεύδεσθαι, ἢ πολεμίων ἢ πολιτῶν ἕνεκα, ἐπ' ὠφελείας τῆς πόλεως· τοῖς δὲ ἄλλοις πᾶσιν οὐχ ἁπτέον τοῦ τοιούτου. Plato, *de Republica*, Lib. III. (pag. 611. C. *Edit. Wechel.*) pag. 389. B. Tome II. *Edit Steph.* Il faut remarquer qu'il s'agit ici ſeulement des menſonges qui ont du rapport à l'Etat, comme il paroît par la ſuite. Du reſte, Platon, ne condamne nullement les menſonges innocens dont les Particuliers peuvent uſer entr'eux. Ce Philoſophe reconnoît ſur la fin du Dialogue précédent, qu'il y a un Menſonge utile, qui n'eſt point digne de haine. Lors, par exemple, qu'on dit quelque choſe de faux à un Ennemi, pour ſe procurer à ſoi-même quelque avantage; ou à un Ami qui n'eſt pas dans ſon bon-ſens, pour l'empêcher de faire du mal; c'eſt comme un remede dont on eſt obligé de ſe ſervir. Ici Platon ſuit cette idée de *remede*, & il repréſente le Magiſtrat Souverain, & ceux qui agiſſent en ſon nom comme autant de Médecins Publics, qui par conſéquent peuvent ſeuls uſer du Menſonge, par rapport à ce qui regarde l'Etat. Mais il ſuppoſe toûjours, qu'en matiere des choſes qui n'influent point ſur le Gouvernement, quiconque peut procurer l'avantage d'un autre par quelque menterie, ou quelque tromperie innocente, eſt le vrai Médecin à qui il appartient d'adminiſtrer ce remede. Τὶ δὲ δή; τὸ ἐν τοῖς λόγοις ψεῦδος, πότε καὶ τὶ χρήσιμον, ὥστε μὴ ἄξιον εἶναι μίσους; ἆρ' οὐ πρός τε τοὺς πολεμίους, καὶ τῶν καλουμένων φίλων, ὅταν διὰ μανίαν, ἤτινα ἄνοιαν, κακόν τι ἐπιχειρῶσι πράττειν, τότε ἀποτροπῆς ἕνεκα, ὡς φάρμακον, χρήσιμον γένεται; Lib. II. pag 382. C. *Edit. H. Steph.* Voyez *Lib.* III. pag. 414. B. C. *Lib.* V. pag. 459. C. D. & *de Legib.* Lib. II. pag. 663. D. Lib. XI. pag. 917. A. Ainſi Grotius n'avoit pas aſſez examiné la penſée de Platon, lorſqu'il dit que ce Philoſophe ſemble tantôt accorder, tantôt refuſer aux Médecins, proprement ainſi nommez, la permiſſion de parler contre leur penſee. Et Gronovius, qui critique Grotius, n'eſt pas mieux fondé lui-même, de prétendre que Platon ne permet cela qu'au Magiſtrat & aux Médecins.

(2) Voyez ce que dit notre Auteur, dans ſa Diſſertation *De concordia vera Politicæ cum Relig. Chriſt.* §. 10.

parler ou d'agir contre ſa penſée, aux Promeſſes que font les Souverains, & en general toute ſorte de Superieurs.

Comment on peut *dupper les gens ſottement curieux ?*

(a) Liv. III. Chap. I. §. 13. *num.* I.

§. XVIII. Comme Grotius fait conſiſter l'eſſence du Menſonge dans la violation du droit qu'ont ceux à qui l'on parle, de ſçavoir au vrai ce que l'on penſe, il tire encore de la cette conſéquence (a), que *pourvû qu'on ne trompe point celui à qui le diſcours s'adreſſe, ce n'eſt pas un Menſonge*, (1) *de s'exprimer enſorte qu'un tiers prenne nos paroles dans un autre ſens que celui auquel on les entend.* Ici cet Auteur ſuppoſe ſans doute qu'il s'agit d'une affaire particuliere, qui ne regarde en aucune façon le tiers. Or, en ce cas-là il eſt certain que celui à qui l'on parle n'eſt point trompé par le diſcours feint qu'on lui adreſſe, puiſqu'il comprend fort bien nôtre penſée; & il en eſt de même quand on fait un conte inventé à plaiſir devant des gens qui en ſçavent tous le myſtere, ou lorſqu'on s'exprime par Ironie ou par Hyperbole. On ne ſe rend pas non-plus coupable de Menſonge envers le tiers, puiſqu'on n'a rien à démêler avec lui, & que rien ne lui donne droit de connoître nôtre penſée. Que ſi à l'occaſion de ce qui eſt dit à un autre, & non pas à lui, il ſe forge des chiméres, il ne doit s'en prendre qu'à ſa vaine curioſité; puiſqu'à proprement parler ce diſcours n'eſt pas pour lui un diſcours, mais une choſe qui peut ſignifier tout ce que l'on veut. Cependant, de-peur qu'on n'abuſe de cette maxime, il eſt bon de remarquer qu'il ne faut pas de gayeté de cœur chercher les occaſions de ſe jouer ainſi d'un tiers, en ſe donnant le mot pour lui faire prendre le change; car, quoiqu'il n'ait pas alors un plein droit de connoître nos penſées, cependant la Loi de l'Humanité & de la Charité veut, que chacun prenne garde de n'expoſer perſonne, par ſes diſcours, à recevoir injuſtement du dommage. Et ici il y a une diſtinction abſolument néceſſaire; c'eſt de voir ſi celui qui nous écoute ſe trouve préſent à nôtre entretien ſans qu'il y ait de ſa faute, ou bien par l'effet d'une curioſité ou indiſcrete ou maligne, qui le porte à vouloir pénétrer nos ſecrets & à s'ingérer de nos affaires. C'eſt par rapport à ces derniers, à ces gens, dis-je, qui ſont toûjours après à fureter & à faire des rapports, que la maxime dont nous traitons a lieu principalement. Quand on n'eſt pas d'humeur de ſe taire en leur préſence, on trouve moyen d'éluder leur curioſité importune, ou en tournant la converſation ſur un autre ſujet, ou en y mêlant des choſes étrangeres, ou en débitant, de concert avec le reſte de la compagnie, quelque conte inventé exprès; afin que celui qui épie nos diſcours, croyant avoir appris un grand ſecret, l'aille d'abord redire, & par-là ſe faſſe moquer de lui. Il n'y a point de mal à dupper ainſi de telles gens, pourvû que cela ne cauſe d'ailleurs aucun dommage ni à eux ni à quelque autre. J'avoue qu'on ne doit donner atteinte à la réputation de perſonne, ni tourner en ridicule qui que ce ſoit. Mais comme, pour avoir relevé quelques bévuës d'un Sçavant, ſans aigreur & ſans inſulte, manieres très-indignes des Gens de Lettres, on ne ſe croit pas coupable envers lui d'une véritable offenſe, quoique par-là on diminue quelque choſe de ſa réputation, plûtôt

§. XVIII. (1) Quelques Peres de l'Egliſe, comme le remarque Grotius, rapportent ici la cenſure que *St. Paul*, étant à *Antioche*, fit à *St. Pierre*, de ce que, pour ne pas choquer les *Juifs*, il avoit rompu commerce avec les *Gentils* nouveaux convertis, Galat. II. 11, *& ſuiv.* car, diſent St. Chrysostome & St. Jerome, *St. Pierre* comprit bien que *St. Paul* ne le cenſuroit pas tout de bon, & qu'il en faiſoit ſemblant pour s'accommoder à la foibleſſe de ceux devant qui il parloit. Mais il eſt clair que *St. Paul* parloit très-ſérieuſement, & qu'il blâmoit la conduite de *St. Pierre*, comme accompagnée d'une feinte inexcuſable; puiſqu'en ſe retirant d'avec les *Gentils*, il donnoit lieu de croire que l'obſervation des Cérémonies Moſaïques étoit abſolument néceſſaire pour ſe rendre agréable à Dieu. Or cela répugnoit à l'eſprit & au but de l'Evangile. Voyez là-deſſus les Interprêtes.

qu'on ne l'augmente ; rien n'empêche non-plus, que pour corriger une perſonne d'un défaut odieux, qui nous incommode, on ne prenne quelquefois le parti de l'expoſer à la riſée : car les Cenſures & les Corrections ne ſont pas illicites, par cela ſeul qu'elles contribuent à faire rabattre quelque choſe de l'opinion avantageuſe qu'on avoit de la perſonne qui les mérite. Ainſi, comme il eſt de l'intérêt du Genre Humain que l'on n'entre point dans les ſecrets des autres ſans leur conſentement, & qu'à cauſe de cela il a été établi, par une Convention tacite des Peuples, que les Lettres cachetées (2) ne ſeroient ouvertes que par ceux à qui elles s'adreſſent : ſi je m'apperçois qu'un homme cherche à intercepter mes Lettres, ce ne ſera pas, je penſe, un grand crime que d'en faire tomber adroitement entre ſes mains quelqu'une qui contienne des choſes dont la lecture ne lui ſoit pas fort agréable. On ne lui fait pas plus de tort par-là, qu'on n'en feroit à un Enfant, en mettant dans les Offices, parmi les friandiſes & les proviſions qu'il cherche à attraper, une Coupe, pleine de quelque liqueur amére, afin de le corriger par-là de ſa gourmandiſe. (3) Pour ce qui regarde l'invention du jeune *Papirius* (4), fils d'un Sénateur Romain ; je ſuis fort du ſentiment de ceux qui louant le principe de cette action, ſçavoir l'adreſſe & la fidélité inébranlable d'un Enfant à garder le ſecret, condamnent la maniere dont il s'y prit, comme accompagnée d'un manque de reſpect pour ſa Mere : d'autant plus que cela obligea les Dames Romaines à venir en foule préſenter au Sénat une requête qui ne leur faiſoit pas beaucoup d'honneur ; je veux dire, *qu'une Femme eût deux Maris plûtôt qu'un Mari deux Femmes.* Mais je n'ai pû encore me réſoudre à blâmer fort ce Mari, qui, (b) pour ſe délivrer de l'importunité de ſa Femme, & pour tromper ſon indiſcrete curioſité, lui dit, qu'on avoit vû voler une (5) Alouette, armée d'un Caſque d'or, & d'une Pique, & que c'étoit ſur la ſignification de ce préſage qu'avoient roulé les délibérations du Sénat. J'avoue pourtant que ce Mari devoit empêcher que le babil de ſa Femme ne jettât trop long-tems le Peuple dans des terreurs

(b) *Plutarch. de garrulitate*, pag. 507. Tome II. Edit. Wechel.

(2) Voyez la Diſſertation de Mr. HERTIUS, *de commeatu literarum*, §. 3. dans le I. Tome de ſes *Commentation. & Opuſc.* Il remarque auſſi là, que l'on a toûjours tenu pour une incivilité & une lâcheté inſigne, de publier les Lettres qui s'adreſſent à nous-mêmes, lorſque cela peut cauſer quelque préjudice à celui qui les a écrites. Surquoi il ne manque pas de citer le vif reproche que fit autrefois CICERON à *Marc Antoine :* » Il a même lû une Lettre qu'il diſoit avoir reçuë de moi : ô l'homme ſans humanité, » & qui ne ſçait ce que c'eſt que de vivre ! Car y a-t-il quelqu'un, qui, pour peu qu'il ait eu de commerce avec les Honnêtes Gens, puiſſe, lorſqu'il » vient à ſe brouiller avec un Ami, ne faire aucun » ſcrupule de publier & de lire devant tout le monde » les Lettres qu'il a de lui ? N'eſt-ce pas bannir de la » Vie toute ſocieté, que de détruire cette liberté de » s'entretenir par écrit avec ſes Amis abſens ? Combien de choſes badines ne dit-on pas dans une Lettre, qui étant divulguées, paroîtroient ridicules ? » Combien de choſes ſérieuſes, qui ne doivent nullement être publiées ? » *At etiam litteras, quas me ſibi miſiſſe diceret, recitavit, homo & humanitatis expers, & vitæ communis ignarus ! Quis enim umquam, qui paululum modo bonorum conſuetudinem noſſet, litteras ad ſe ab amico miſſas, offenſione aliquâ interpoſitâ, in medium protulit, palámque recitavit ? Quid eſt aliud, tollere è vita vitæ ſocietatem, quàm tollere amicorum colloquia abſentium ? Quam multa joca ſolent eſſe in epiſtolis, quæ prolata ſi ſint, inepta videantur ? Quam multa ſeria, neque tamen ullo modo divulganda ?* Philipp. II, 4. Voyez un exemple de cette incivilité indiſcrete, dans les *Nouv. de la Rép. des Lett.* Decemb. 1685. pag. 1325. où Mr. BAYLE cenſura là-deſſus l'Auteur des *Dialogues entre Photin & Irenée*, &c. qui eſt feu Mr. GAUTIER, Miniſtre.

(3) Notre Auteur rapportoit ici un exemple approchant ; c'eſt la maniere dont *Darius* fut trompé par l'inſcription que *Nitocris*, Reine de *Babylone*, avoit fait graver ſur ſon Tombeau : *Si quelqu'un de mes Succeſſeurs a beſoin d'argent, qu'il ouvre mon ſepulcre, & il y en trouvera, dont il pourra prendre autant qu'il voudra*, &c. Il faut être bien ſimple & bien avare, dit-on, pour ajoûter foi à une telle Inſcription. Voyez HERODOT. Lib. I. Cap. 187. & MAX. TYR. Diſſert. X. in fin. On citoit encore OLEARIUS, *Itinerar. Perſic.* Lib. IV. Cap. VII.

(4) C'eſt AULUGELLE, qui nous a conſervé cette Hiſtoire, Lib. I. Cap. XXIII. On la trouvera rapportée en François par le P. BOUHOURS, dans ſes *Entretiens d'Ariſte. & d'Eugene*, Entretien III. *Du Secret.* Mais il y a des gens qui ſoupçonnent que c'eſt une pure fable. Voyez les *Navi, Juriſpr. Romana* de Mr. THOMASIUS., page 126.

(5) Notre Auteur diſoit *une Corneille :* Mais il y a dans le Grec de PLUTARQUE, κόρυδος.

paniques, & ne causât à perſonne du dommage en aucune autre maniere; car, du reſte, le plaiſir de ſe voir à couvert des effets de ce ſiniſtre préſage, dédommageoit aſſez de la fauſſe allarme où l'on avoit été pour quelques momens. Que s'il faut éviter ſoigneuſement de tromper les autres à l'occaſion des tours que l'on joue à une perſonne qui le mérite bien, à plus forte raiſon n'eſt-il pas permis de faire accroire une choſe à quelqu'un, afin qu'après avoir donné dans le panneau, (c) il y faſſe donner quelque autre, quand même le premier n'en recevroit d'ailleurs aucun préjudice; car c'eſt outrager un homme que de le faire ſervir d'inſtrument pout dupper un tiers, & il n'y a pas moins d'injuſtice à tromper par le moyen d'une autre perſonne que l'on ſuborne, ou que l'on abuſe, qu'immédiatement par ſoi-même (6).

(c) Quoique la pratique ſoit aſſez commune. Voyez *Senec. Thyeſt.* verſ. 319, 320. *Aul. Gellius*, Lib. XII. Cap. XII.

On peut tromper un *Ennemi* par de faux diſcours.

§. XIX. Comme l'obligation de s'entrecommuniquer ſes penſées n'a point de lieu entre ceux qui ſont en guerre, conſidérez comme tels, il eſt clair que l'on peut, ſans ſe rendte coupable de Menſonge, *dire quelque fauſſeté à un Ennemi* (a), ſemer de faux bruits pour l'épouvanter, ou pour lui cauſer du dommage; bien entendu que par-là on ne faſſe point de tort à un tiers de nos Amis. En effet, pourquoi n'uſeroit-on pas d'artifice pour nuire, ſans courir ſoi-même aucun riſque, à des gens contre qui l'on peut agir à force ouverte? Que ſi quelques-uns ont dédaigné ces ſortes de ſtratagêmes (b), ce n'eſt pas qu'ils les cruſſent injuſtes; mais par une générosité d'Ame & une fierté de courage, qui faiſoit qu'ils ne trouvoient glorieux d'autres actes d'hoſtilité que ceux qui demandent une vigoureuſe action de Corps & d'Eſprit. Mais cette permiſſion de tromper l'Ennemi par de faux diſcours, ne doit nullement être étendue aux Conventions que l'on fait avec lui, (1) pour finir ou pour ſuſpendre les actes d'hoſtilité; car la Loi Naturelle nous ordonnant de maintenir & de rétablir la Paix, autant qu'on le peut commodément, elle eſt cenſée preſcrire auſſi l'uſage des moyens ſans quoi on ne peut arriver à cette fin. Or deux Ennemis ne ſçauroient ſe fier l'un à l'autre, ni par conſéquent faire la paix, s'ils ne ſont dans une obligation réciproque de ſe découvrir clairement leurs penſées en ce qui regarde les négociations d'accommodement. Il n'eſt pas non-plus permis de diffamer un Ennemi par des crimes ſuppoſez; car l'état d'hoſtilité, où l'on eſt par rapport à lui, nous donne à la vérité plein droit de lui cacher nos penſées, ou même de ſemer de faux bruits, pour avoir par-là occaſion de lui nuire. Mais lorſqu'on l'accuſe de quelque crime devant des perſonnes neutres, (2) ſi l'on veut que cette accuſation faſſe quelque effet ſur leur eſprit, il faut neceſſairement dépouiller le perſonnage d'Ennemi, & prendre le caractére de fidéle Hiſtorien: autrement on ne peut que paſſer pour menteur & pour calomniateur, ſi l'on parle contre la Verité, le ſçachant & le voulant. Reprocher en face à l'Ennemi même un crime ſuppoſé, c'eſt aimer furieuſement à injurie. Rendre menſonge pour menſonge, c'eſt imiter honteuſement les lâches artifices de l'Ennemi (c). Au reſte, un Auteur

(a) Voyez *Grotius*, Liv. III. Chap. I. §. 17, 18.

(b) *Idem*, ibid. §. 20.

(c) Voyez *les Lettres Provinciales* de Mr. *Paſcal*, Lett. XV. & là-deſſus les Notes de *Wendrok*.

(6) Je ne vois pas bien ce que fait ici un paſſage de Terence, que notre Auteur alléguoit, comme une raiſon de ce qu'il vient d'établir:

*Paulùm intereſſe cenſes, ex animo omnia,*
*Ut fert natura, facias, an de induſtria?*

C'eſt-à-dire, comme traduit Madame Dacier: „Penſes-tu qu'il y ait peu de différence des choſes „que l'on fait naturellement & ſur le champ, à „celles que l'on a préméditées, & où l'on agit de „concert „? *Andr.* Acte IV. Scene VI. verſ. 5, 6.

§. XIX. (1) Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, *Liv.* V. *Chap.* IX. §. 8. & *Liv.* VIII. *Chap.* VII. VIII.

(2) Notre Auteur ne répond pas directement, & il a oublié la meilleure raiſon, c'eſt que la Calomnie n'a aucun rapport avec le but de la Guerre. Elle ne ſert par elle-même, ni à affoiblir l'Ennemi, ni à nous procurer ce qui nous eſt dû, ni à avancer la Paix. Elle demeure donc toûjours une choſe mauvaiſe, comme elle l'eſt entre ceux qui ne ſont point en guerre. Joignez ici ce que j'ai dit ſur Grotius, Liv. III. Chap. I. §. 2. *Note* 2.

§. XX.

Auteur Moderne (d) prétend mal-à-propos que les Etrangers en général doivent être mis au même rang que les Ennemis, à l'égard du droit que l'on a d'uſer envers eux de feinte ou de diſſimulation. La choſe n'eſt innocente, ſans contredit, par rapport aux premiers, avec qui l'on eſt en paix, qu'autant qu'on a intérêt de leur cacher ſes deſſeins & ſes affaires, dont ils n'ont aucun droit d'être bien inſtruits; car du reſte la liaiſon naturelle où l'on eſt avec eux, entant qu'Hommes, ne nous permet pas de leur cauſer du dommage par des diſcours faux & inventez à plaiſir.

(d) *Juſt. Lipſ.* Politic. Lib. IV. Cap. XIV. num. 32.

Si une perſonne coupable d'un crime dont on l'accuſe en Juſtice, peut innocemment le nier?

§. XX. Il eſt plus difficile de décider, *ſi une perſonne accuſée d'un crime dont elle eſt coupable, peut innocemment le nier,* (1) *ou éluder les accuſations par de fauſſes preuves?* On voit bien qu'il n'eſt pas ici queſtion du Tribunal Divin, devant lequel le meilleur parti eſt de confeſſer humblement tous ſes péchez, & d'en demander le pardon au Souverain Juge de l'Univers. Il y auroit autant d'extravagance que d'impiété, à vouloir pallier ou cacher ſes fautes aux yeux de celui qui voit tout & qui ſçait tout (a). Il s'agit donc uniquement des Tribunaux Humains qui ſont établis pour deux raiſons principales: l'une, pour faire rendre à chacun ce qui lui eſt dû: l'autre, afin de réprimer par des peines ceux qui ont oſé attenter malicieuſement ſur les droits d'autrui, ou ceux qui ne manqueroient pas de l'entreprendre, ſi la crainte des maux, que d'autres ſe ſont attirez par-là, ne les retenoit, & ne faiſoit en eux ce que l'amour de la Juſtice n'eſt pas capable d'y opérer. Quelques-uns croyent, qu'il n'eſt pas permis de cacher ni de déguiſer la vérité, pour ſe ſouſtraire aux peines que ces Tribunaux infligent ſelon les Loix. Le Juge, diſent-ils, étant établi de la part de Dieu, a droit de connoître la vérité; & cette raiſon, jointe à l'obéïſſance qu'on lui doit, ne laiſſe aucun lieu au déguiſement ou aux tergiverſations. D'ailleurs, nôtre propre intérêt nous oblige encore plus que nôtre devoir, à dire les choſes franchement; car lorſque la vérité vient à ſe manifeſter par quelque voye, on eſt puni plus ſévérement, ſurtout ſi les fauſſetez qu'on avance ne roulent pas tant ſur des faits que ſur des raiſons; ce qui eſt toûjours nuiſible & par lui-même, & entant qu'une erreur en produit une infinité d'autres. Il y a néanmoins des gens qui trouvent l'opinion contraire plus raiſonnable. Dans tout Délit, ou toute action puniſſable, il faut, diſent-ils, diſtinguer deux choſes, le *crime*, & le *dommage*. La *reſtitution* répond au dernier; & la *peine*, proprement ainſi nommée, au premier. Par le Droit Naturel, chacun eſt tenu de réparer de ſon pur mouvement le dommage qu'il a cauſé par un délit; comme d'autre côté, la perſonne lézée doit pardonner à celui qui témoigne du repen-

(a) C'eſt là-deſſus qu'eſt fondée l'exhortation de *Joſué* à *Achan*, Joſ. VII, 15, 19. *& ſuiv.* car le Criminel étoit déja découvert par une revelation.

§. XX. (1) Platon auroit ſans doute pris ici la négative; car il ne veut pas que les Particuliers mentent jamais devant le Magiſtrat, & il dit que c'eſt une plus grande faute, que ſi un Malade mentoit à ſon Médecin, un Diſciple à ſon Maître, &c. Ἀλλὰ πρός γε δὴ τοὺς τοιούτους ἄρχοντας ἰδιώτῃ ψεύσασθαι, ταυτὸν καὶ μεῖζον ἁμάρτημα φήσομεν, ἢ κάμνοντι πρὸς ἰατρὸν, ἢ ἀσκοῦντι πρὸς παιδοτρίβην, περὶ τῶν τοῦ αὐτοῦ σώματος παθημάτων μὴ τ'ἀληθῆ λέγειν. &c. De Republ. *Lib.* III. pag. 389. C. Tome II. *Edit. Steph.* Il va même juſqu'à ſoûtenir, que chacun doit, de ſon pur mouvement, s'accuſer lui-même & les ſiens, pour ſubir la peine portée par les Loix, fût-ce celle du dernier ſupplice. Εἰ μὴ εἴ τις ὑπολάβοι ἐπὶ τοὐναντίον κατηγορεῖν δεῖν, μάλιστα μὲν ἑαυτοῦ, ἔπειτα δὲ καὶ τῶν οἰκείων, καὶ τῶν ἄλλων, ὃς ἂν ἀεὶ τῶν φίλων τυγχάνῃ ἀδικῶν· καὶ μὴ ἀποκρύπτεσθαι, ἀλλ' εἰς τὸ φανερὸν ἄγειν τὸ ἀδίκημα, ἵνα δῷ δίκην, καὶ ὑγιὴς γένηται. ἀναγκάζειν δὲ καὶ αὐτὸν καὶ τοὺς ἄλλους μὴ ἀποδειλιᾷν, ἀλλὰ παρέχειν μύσαντα καὶ ἀνδρείως ὥσπερ τέμνειν καὶ κάειν ἰατρῷ, τὸ ἀγαθὸν καὶ καλὸν διώκοντα, μὴ ὑπολογιζόμενον τὸ ἀλγεινόν. ἐὰν δὲ δεσμοῦ, δεῖν· ἐὰν δὲ ζημίας, ἀποτίνοντα· ἐὰν δὲ φυγῆς, φεύγοντα· ἐὰν δὲ θανάτου, ἀποθνήσκοντα. In Gorgia, pag. 480. Tome I. *Edit. H. Steph.* On peut dire ici ce que dit Montagne à l'égard d'une partie du paſſage: *Ce précepte prend le ton un peu trop haut.* Eſſais, Liv. III. Chap. VIII. pag. 159. *Edit. de Londres.* Tome IV. pag. 192. *Edit. de la Haye* 1727.

tir de ſa faute, & qui lui en offre ſatisfaction. Mais on n'eſt nullement obligé de s'accuſer ou de s'expoſer ſoi-même à la peine. Que ſi le crime eſt caché, (2) enſorte qu'on ne puiſſe reſtituer ouvertement ſans le découvrir, il faut prendre quelque voye indirecte pour faire cette reſtitution auſſi ſecrétement qu'il eſt poſſible. En effet, la peine s'inflige au Coupable, malgré lui: autrement elle ne produiroit pas l'effet auquel elle eſt deſtinée, je veux dire, de détourner les autres du crime, & d'empêcher que celui qui l'a commis n'y retombe; au lieu que les choſes auſquelles on eſt obligé, doivent ſe faire volontairement. Perſonne n'étant donc tenu de s'expoſer ſoi-même à la peine, & l'Homme ne pouvant naturellement que la regarder avec une extrême horreur, ſur tout ſi elle va juſqu'à priver de la Vie, ou à faire ſouffrir quelque mal fort ſenſible: pourquoi ne pourroit-on pas chercher toutes ſortes de voyes pour l'éviter, (3) lorſque par-là on ne fait point de tort à un tiers? Après que le dommage a été réparé, il n'importe pas beaucoup à l'Etat que l'on puniſſe un crime qui n'eſt pas notoire, & qui peut être ou couvert, ou excuſé par des couleurs ſpécieuſes. A la verité, il faudroit être fou pour nier des choſes manifeſtes, & ce ſeroit en vain qu'on allégueroit de fauſſes raiſons de droit à un Juge qui ſçait ſon métier; mais lorſqu'il s'agit d'un fait qui n'eſt point avéré, on peut oppoſer aux accuſations quelques fauſſes preuves juſtificatives. Ce n'eſt pas qu'il ne ſoit permis aux Juges de faire jouer toutes ſortes de machines pour déterrer la vérité, (4) lorſque le crime eſt de telle conſéquence, que le bien de l'Etat demande abſolument qu'on en faſſe un châtiment exemplaire. En ce cas-là, ils peuvent ſans contredit uſer d'artifice pour faire avouer le crime à l'Accuſé; lui dire, par exemple, qu'un autre leur a tout découvert; qu'ils feront telle ou telle choſe, s'il s'obſtine à nier; & autres fictions ſemblables. Mais il ne s'enſuit point, que le Criminel doive confeſſer le fait avant que d'en être convaincu juridiquement. Tout *Droit* d'exercer un certain acte, ne ſuppoſe pas dans la perſonne, par rapport à qui on peut l'exercer, une *Obligation* (5)

(2) Mr. THOMASIUS, qui, dans ſa *Juriſpr. Divin.* Lib. II. Cap. VIII. §. 85. *& ſeqq.* avoit pris ici le parti oppoſé au ſentiment de notre Auteur, objectoit que cette condition de réparer le dommage fait que le crime ne peut guéres être caché, comme on le ſuppoſe, puiſque par cela même qu'on répare le dommage, on avoue le crime. Mais il a depuis répondu lui-même, dans ſes *Fundam. Jur. Nat. & Gent.* où il change d'opinion, que le Coupable peut ou en forme d'accommodement, ou par le moyen de ſes Amis, ſatisfaire la perſonne lézée, enſorte que l'on ne ſçache point du tout le tort qu'il a fait; ou que, ſi l'on en a quelque connoiſſance, la choſe ne ſoit pas aſſez notoire pour dénoncer en Juſtice celui qui pourroit être puni par les Loix. *Ibid.* §. 22.

(3) *Ignoſcendum cenſuerunt* [ *Principes* ] *ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemtum voluit.* DIGEST. Lib. XLVIII. Tit. XXI. *De bonis eorum qui ante ſententiam* [ *vel* ] *mortem ſibi conſciverunt,* [ *vel* ] *accuſatorem corruperunt,* Leg. I. Voyez pourtant *Lib. eodem*, Tit. III. *De cuſtodia & exhibitione reorum*, Leg. XIII. Citation de l'Auteur. Dans la premiere de ces Loix, il eſt ordonné, qu'on ne tiendra pas pour atteint & convaincu un homme, qui étant accuſé d'un Crime capital, a corrompu par argent l'Accuſateur pour l'engager à déſiſter de ſon accuſation, tant on a égard au panchant invincible qui porte chacun à chercher toute ſorte de voyes pour ſe garantir de la mort dont il eſt menacé. Voyez là-deſſus Mr. NOODT, *Diocletian. & Maxim.* Cap. VIII.

(4) Parmi les anciens *Hebreux*, comme le remarquoit ici nôtre Auteur, après GROTIUS, *in Deuter.* XIII, 8. il n'y avoit que ceux, qui étoient accuſez d'être Faux-Prophêtes, à l'égard deſquels on pût uſer de ruſe pour découvrir la vérité.

(5) Il y a toûjours quelque Obligation, quoiqu'elle ne ſoit pas toûjours auſſi étenduë que le Droit. Voyez cy-deſſus, *Liv.* III. *Chap.* V. §. 1. *Note* 1. & *Liv.* VIII. *Chap.* III. §. 4. *Note* 8. La queſtion ſe réduit ici à ſçavoir, ſi le but des peines demande qu'un Criminel avoüe le Crime dont il ne peut être convaincu d'ailleurs, & ſi les Citoyens s'y ſont engagez, au péril même de leur vie? Or on ne peut dire ici ni l'un, ni l'autre. L'Utilité Publique, à laquelle doit ſe rapporter toute Punition, ne demande point que tout Crime commis contre la Loi ſoit puni; mais ſeulement ceux qui ſont connus & bien prouvez en Juſtice. Si un Crime demeure impuni, faute de preuves, cela n'empêche pas que les autres Citoyens ne ſoient détournez d'en commettre de ſemblables par la crainte de la Peine; chacun ne pouvant toûjours ſe flatter de prendre ſi bien ſes meſûres qu'il ne ſoit pas ſuffiſamment découvert. Les recherches du Magiſtrat inutiles aujourd'hui, ne le ſeront pas une autre fois. Pour ce qui eſt du Coupable même, qui ne ſçauroit être condamné ſans ſa propre confeſſion, il ne s'agit

qui y réponde. D'ailleurs, il y a d'autres voyes pour s'éclaircir de la vérité ; je veux dire, les Preuves & les Témoins. Ceux-ci, en conſéquence de l'obligation où ils ſont d'obéïr au Souverain, doivent dépoſer en conſcience, lorſqu'ils en ſont requis par le Magiſtrat, même ſans ſerment. Ajoûtez à cela, qu'on a tant d'indulgence pour le déſir naturel qui porte chacun à ſe conſerver de tout ſon poſſible, que l'on fait ſcrupule de punir les Criminels mêmes dont le crime eſt avéré, ſans avoir auparavant entendu (6) ce qu'ils ont à dire pour leur juſtification : preuve évidente qu'on ne les blâme point de chercher toutes ſortes de fauſſes couleurs pour ſe diſculper. Auſſi les maximes des Tribunaux Humains ne ſont-elles pas en tout & partout les mêmes que celles du Tribunal Divin, & un Juge mortel ne prononce pas avec autant de majeſté & d'autorité, que le Souverain Juge de l'Univers. Si donc un Criminel n'eſt pas obligé de s'accuſer lui-même, il ne fait, en refuſant d'avouer ſon crime, rien qui donne atteinte aux droits du Magiſtrat. Il eſt vrai qu'on punit d'ordinaire plus ſévérement ceux qui ſe ſont obſtinez à nier ; dont la raiſon eſt, qu'un aveu ſincére, fait avant que le crime ſoit avéré, marque ordinairement un repentir qui diminue beaucoup la malice du Coupable. Mais de ſçavoir, s'il eſt plus avantageux de nier, en ſe ſervant de quelque artifice pour éluder les accuſations, ou d'avouer franchement la choſe ; c'eſt une queſtion d'une autre nature que celle dont il s'agit ; car nous recherchons ſeulement, ſi l'on eſt obligé, ou non, de prendre le dernier parti. Voilà les raiſons qu'on allégue de part & d'autre. Ceux qui ſçavent juger de la force des preuves, verront bien-tôt (7) auquel de ces deux ſentimens il faut ſe ranger.

Juſques où un *Avocat* peut en ce cas-là défendre ſa Partie?

§. XXI. Mais que peut faire en ce cas-là un *Avocat ?* Je répons, qu'il faut diſtinguer ici entre une *Cauſe civile*, & une *Cauſe criminelle.* En matiere de *Procez civils*, un Avocat ne ſauroit en conſcience empêcher que la Partie adverſe ne jouïſſe au plûtôt de ſon droit. Ainſi il ne lui eſt pas permis en ce cas-là, non ſeulement d'avancer la moindre fauſſeté, mais d'oppoſer même aucune exception dilatoire ; puiſque par-là il apporteroit (a) du retardement à la ſatisfaction de la Partie adverſe, & à l'acquit de la ſienne. Pour ce qui eſt des *Procez criminels*, où il s'agit purement &

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XLVIII. Tit. X. *De Lege Cornel. de falſis*, &c. Leg. IX. §. 4.

pas ici d'un Scélérat, prêt à recommencer quand il en trouvera l'occaſion : la queſtion eſt inutile par rapport à de telles gens. Il faut donc ſuppoſer une perſonne qui ſe repent, & qui a d'ailleurs à cœur ſon devoir. Or cela étant, & l'obſcurité où eſt le cas rendant la Punition inutile pour le but auquel elle doit être rapportée, il vaut mieux certainement pour l'Etat, qu'un tel homme ne périſſe pas, & par conſéquent qu'il ne ſe trahiſſe point lui-même. On ne ſçauroit donc préſumer, qu'aucun Citoyen ſe ſoit engagé en ce cas-là, d'avouer le fait. Le Magiſtrat peut interroger, il peut employer toute ſon adreſſe pour arracher l'aveu du Coupable : mais il ne s'enſuit point de là, que le Coupable ſoit obligé en conſcience de s'accuſer. Ce ne ſont point ici deux droits oppoſez diamétralement, par rapport au même ſujet : c'eſt une exception raiſonnable au droit qu'a d'ailleurs le Magiſtrat d'exiger qu'on lui diſe la verité.

(6) *Neque enim inaudita cauſa quemquam damnarit æquitatis ratio patitur.* Digest. *Lib.* XLVIII. Tit. XVII. *De requirendis vel abſentibus damnandis*, Leg. I. *princ.* Notre Auteur, qui cite cette Loi, renvoye là-deſſus à ce que dit Grotius dans ſes *Florum ſparſiones ad Jus Juſtinian.* page 210. *Edit. Amſt.* On peut faire ici une autre réflexion ; c'eſt qu'on n'ajoûte point de foi à la déclaration d'un homme qui s'accuſe lui-même, ou qui étant accuſé confeſſe volontairement ; a moins qu'il n'y ait d'ailleurs des preuves, & que le Crime a été commis, & que c'eſt lui qui l'a commis. *Divus* Severus *reſcripſit, confeſſiones Reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, ſi nulla probatio religionem cognoſcentis inſtruat.* Digest. Lib. XLVIII. Tit. XVIII. *De Quæſtionib.* Leg. I. §. 17. Voyez auſſi le §. dern. & là-deſſus Mr. Sculting, dans la Diſſertation qui eſt à la fin de ſon *Enarratio Pandectarum*, §. 4, *& ſeqq.*

(7) On voit bien, que l'Auteur embraſſe le dernier ſentiment, & perſonne juſqu'ici n'a bien refuté les raiſons qu'il en donne. Au reſte, il rapportoit ici, après Hayton, *Hiſt. Oriental.* Cap. XLVIII. comme une choſe remarquable, que, quoique les *Tartares* ſoient naturellement fort menteurs, il y a deux choſes à l'égard deſquelles ils ne mentent jamais. L'une, c'eſt qu'aucun d'eux ne s'attribue une action de bravoure qu'il n'a point faite. Et l'autre, que ſi quelqu'un a commis un crime, quand même il ſçauroit qu'il doit être puni de mort, ſi ſon Seigneur lui ordonne de dire la verité, il ne manque pas de la dire franchement. Dans le *Japon*, le moindre menſonge que l'on dit devant un Juge, eſt puni de mort.

ſimplement de la peine, il faut voir ſi l'Avocat eſt établi par autorité publique, pour plaider la cauſe du Criminel; ou ſi c'eſt le Criminel lui-même qui l'en a chargé. Dans le premier cas, l'Avocat ne peut pas légitimement employer de fauſſes allegations, ni de mauvaiſes raiſons inventées tout exprès: car il n'eſt là que pour diſſiper les chicanes & les calomnies, & pour empêcher qu'on ne faſſe aucune injuſtice à l'Accuſé; or il ſuffit pour cet effet de répondre ſimplement à ce que les Accuſateurs avancent. Mais un Avocat, qui eſt chargé de la Cauſe par le Criminel, agiſſant comme ſimple interprête de ſa Partie, peut uſer de la même défenſe dont le Criminel ſe ſerviroit légitimement s'il plaidoit lui-même. CICERON avoue franchement qu'il a ſuivi cette maxime: (1) *On ſe trompe fort*, dit-il, *d'aller chercher mes véritables ſentimens dans mes Plaidoyers. Tous ces Diſcours ſont accommodez aux Cauſes & aux Circonſtances, & non pas aux idées de l'Orateur; car ſi les Cauſes pouvoient parler pour elles-mêmes, perſonne n'auroit recours à un Avocat.* Le même Orateur dit ailleurs (2), qu'*on ne doit pas faire ſcrupule de défendre quelquefois les Coupables, pourvû que ce ne ſoient pas des ſcélérats & des impies achevez. Le Peuple*, ajoûte-t-il, *le veut ainſi, la Coûtume le ſouffre, & l'Humanité même le demande.* Au fond, il n'eſt point à craindre que cette pratique apporte un grand obſtacle à l'exercice de la Juſtice; car, comme on ſuppoſe qu'un Juge ſçait ſon métier, un Avocat ne gagnera rien à alléguer de fauſſes raiſons de droit. Ceux qui avancent un fait n'en ſont pas non-plus crus ſur leur parole, il faut qu'ils en produiſent de bonnes preuves. Si donc, par l'adreſſe d'un Avocat, le Criminel échappe quelquefois à la peine, ce ne ſera alors la faute ni du Criminel ni de l'Avocat, mais du Juge ſeul qui s'eſt laiſſé éblouïr à des raiſons ſpécieuſes, ſans les bien examiner.

De tout ce que nous venons de dire, il paroît en quel ſens on peut admettre les maximes ſuivantes d'un ancien Rhéteur: (3) *Le Sage même peut quelquefois dire innocemment une menterie. Si donc il n'y a pas d'autre moyen de ramener les Juges*

§. XXI. (1) *Sed errat vehementer, ſi quis in Orationibus noſtris, quas in Judiciis habuimus, auctoritates noſtras conſignatas ſe habere arbitratur. Omnes enim illæ Orationes cauſarum & temporum ſunt, non hominum ipſorum ac patronorum. Nam, ſi cauſæ ipſæ pro ſe loqui poſſent, nemo adhiberet Oratorem.* Orat pro *A. Cluentio*, Cap. L. Au reſte, CICERON outroit un peu beaucoup cette maxime, & il l'étendoit à des choſes que nôtre Auteur n'approuveroit pas. Voyez les *Quæſtiones Hieronymianæ de* Mr. LE CLERC, Quæſt. VIII. §. 14.

(2) *Nec tamen. . . . habendum eſt religioni, nocentem aliquando, modo ne nefarium impiumque, defendere. Vult hoc multitudo, patitur conſuetudo, fert etiam humanitas.* De Offic. Lib. II. Cap. XIV. Nôtre Auteur ne rapportoit que le commencement de ce paſſage, & même il y tombe dans une plaiſante bévuë; car ayant lû ces paroles de CICERON: *habendum eſt religione*, il lui fait dire que cela n'eſt pas contraire à la Religion, *religioni non contrarium*; au lieu que les Enfans ſçavent que *habere religioni* ſignifie ſimplement *faire ſcrupule d'une choſe*. Au reſte, je ne trouve point d'endroit plus propre que celui-ci, pour placer quelques Autoritez que nôtre Auteur alléguoit plus bas, & qui tendent à condamner l'abus que les Avocats peuvent faire de la permiſſion qu'il leur accorde. PLATON, dit-il, ſemble abſolument défendre aux Avocats toutes ſortes de ſupercheries & de menſonges, dans le XI. Livre de ſes *Loix*, vers la fin. Les *Egyptiens* étoient auſſi fort en garde contre la fauſſe éloquence, & les ſubtilitez éblouïſſantes des Avocats. DIODOR. SICUL. Lib. I. Cap. 76. page 48. *Edit. H. Steph.* En effet, *le langage de la Verité eſt ſimple, & une bonne Cauſe n'a beſoin que de trois mots.*

Ἁπλοῦς ὁ μῦθος τῆς ἀληθείας ἔφυ.

EURIPID. *Phæniſſ.* verſ. 472, *& ſeqq.*

Εὐώνυμον ἐς δίκαν
Τρία ἔπεα διαρκέσει.

PINDAR. *Nem* Od. VII. verſ. 70, 71.

Les Avocats mêmes, pour leur propre interêt, ne doivent guéres ſe charger de méchantes Cauſes. Μηδενὶ πονηρῷ πράγματι μήτε παρίστασο, μήτε συνηγόρει· δόξεις γὰρ καὶ αὐτὸς τοιαῦτα πράττειν οἷάπερ ἂν τοῖς ἄλλοις πράττουσι βοηθῇς. „Ne vous rendez jamais le Protecteur ni l'Avocat „d'une méchante action; car on ne manqueroit pas „de croire, que vous faites vous-même ce que vous „protégez en autrui«. ISOCRAT, ad Demonic. page 10. C. *Edit. H. Steph.*

(3) *Nam & mendacium dicere, etiam Sapienti aliquando conceſſum eſt: & affectus, ſi aliter ad æquitatem perduci Judex non poterit, neceſſario movebit Orator. Imperiti enim judicant, & qui frequenter in hoc ipſum fallendi ſunt, ne errent.* QUINTILIAN. *Lib.* II. *Cap.* XVII. page 195. *Edit. Burm.*

*à l'Equité, qu'en émouvant les Paſſions, il eſt bien force que l'Orateur le mette en uſage; car on eſt ſujet à être jugé par des Ignorans qu'il faut ſouvent tromper pour les empêcher de faillir. C'eſt* (4) *un paradoxe*, dit-il ailleurs, *mais dont on peut établir la verité par de bonnes raiſons, qu'un Honnête-Homme peut quelquefois, en défendant une Cauſe, dérober la verité aux yeux du Juge.* Les exemples que l'on allegue au même endroit, méritent pourtant d'être bien examinez. (5) *Si un homme,* dit-on, *a attenté à la vie d'un Tyran, & là-deſſus eſt dénoncé, l'Orateur dont je parle ne voudra-t-il pas le ſauver? Et s'il ſe charge de le défendre, pourquoi ne pourroit-il pas employer de fauſſes couleurs, auſſi-bien que tout autre qui plaide une méchante Cauſe devant les Juges?* Cela eſt fondé ſans doute ſur l'opinion où étoient les *Grecs*, que chacun peut innocemment tuer un Tyran. Mais comme tout Citoyen eſt tenu de contribuer autant qu'il dépend de lui, au ſalut d'un Prince légitime à qui il a prêté ſerment de fidelité, il n'eſt par conſéquent permis à aucun Avocat d'avancer de fauſſes raiſons pour défendre un homme qui a attenté à la vie de ſon Souverain, & pour le ſouſtraire aux peines qu'il à méritées. *Poſé*, ajoûte QUINTILIEN, *qu'un Juge paroiſſe diſpoſé à condamner une bonne action, ſi on ne lui perſuade qu'elle n'a pas été faite; eſt-ce que l'Orateur ne pourra pas prendre ce parti pour ſauver un Citoyen non ſeulement innocent, mais digne même de louange?* Pour moi, il me ſemble qu'on fait ici une ſuppoſition qui n'eſt preſque pas poſſible. Ce que l'on appelle une *bonne action* doit ſans doute être conforme aux Loix de l'Etat. Or je ne vois pas comment on pourroît être accuſé en Juſtice pour une action de cette nature. Il faut ſuppoſer plûtôt qu'un homme ſe ſoit attiré, par quelque belle action, l'envie de certains Concitoyens, malhonnêtes gens, qui ſe ſont depuis emparez des Tribunaux. En ce cas-là, ſi le fait eſt de notorieté publique, comme quand *Ciceron* fit mourir les complices de *Catilina*, & qu'on cherche chicane là-deſſus à celui qui en eſt l'auteur, il lui ſeroit inutile de le nier: Mais lorſqu'on peut le déſavouer avec quelque apparence de verité, rien n'empêche, ſans contredit, qu'on ne ſe ſerve de fauſſes preuves pour défendre un Innocent devant les Juges iniques & viſiblement malintentionnez. *Il y a*, dit le même Auteur, *des choſes, qui étant juſtes de leur nature, ſont préjudiciables à l'Etat en certaines circonſtances.* Mais pour diſſuader de ces ſortes de choſes, il n'eſt pas néceſſaire d'employer de fauſſes raiſons, qui donnent lieu de les croire injuſtes: il ſuffit de prouver qu'on n'eſt pas toûjours dans une obligation indiſpenſable de faire ce qui eſt d'ailleurs légitime, & que dans la circonſtance préſente l'utilité doit l'emporter ſur une apparence ſpécieuſe d'équité. Or c'eſt ce qu'on peut faire voir par des raiſons très-véritables. Pour *l'eſperance qu'il y a que le Coupable ſe corrigera*, ce motif peut, ſans contredit, engager un Avocat à employer avec d'autant moins de ſcrupule tout ſon eſprit & toute ſon adreſſe, pour ſauver un Criminel dont l'impunité ne portera aucun préjudice à l'Etat:

(4) *Verum & illud, quod prima propoſitione durum videtur, poteſt afferre ratio, ut vir bonus in defenſione cauſa velit auferre aliquando Judici veritatem.* Idem, *Lib.* XII. *Cap.* I. page 1053.

(5) *Sit aliquis inſidiatus tyranno, atque ob id reus: utrumne ſalvum eum nolet is, qui à nobis finitur Orator? an ſi tuendum ſuſceperit, non tam falſis defendet, quàm qui apud Judices malam Cauſam tuetur? Quid ſi quadam bene facta damnaturus eſt Judex, niſi ea non eſſe facta convicerimus: non vel hoc modo ſervabit Orator non innocentem modò, ſed etiam laudabilem civem? Quid ſi quadam juſta naturâ, ſed conditione temporum inutilia civitati ſciemus: nonne utemur arte dicendi, bona quidem, ſed malis artibus ſimili? At hoc nemo dubitabit, quin ſi nocentes mutari in bonam mentem aliquo modo poſſint, ſicut poſſe interdum conceditur, ſalvos eſſe eos magis è republica ſit, quàm puniri. Si liqueat igitur Oratori, futurum bonum virum, cui vera objicientur, non id aget, ut ſalvus ſit? Da nunc ut crimine manifeſto prematur Dux bonus, & ſine quo vincere honeſte Civitas non poſſit: nonne ei communis utilitas Oratorem advocabit?* Ibid. page 864, 865.

Mais il n'eſt nullement néceſſaire d'avoir recours à de fauſſes raiſons pour défendre *contre des accuſations d'un crime manifeſte, un brave Capitaine, ſans l'aide duquel l'Etat ne ſauroit remporter une victoire glorieuſe.* Il vaut mieux alors agir ſans détour, & imiter la maniere dont s'y prit autrefois *Marc Antoine* pour défendre (6) *Marc Aquilius.*

---

# CHAPITRE II.

## *Du* SERMENT.

De la ſainteté du *Serment.*

§. I. Comme le Serment eſt une eſpece de ſureté, qui dans l'eſprit de tout le monde donne beaucoup de poids & de créance à nos diſcours, & à tous les actes où la Parole intervient, l'ordre veut que nous traitions maintenant cette importante matiere. Elle trouveroit bien ſa place ailleurs, dans l'endroit où nous parlerons des ſuretez ajoûtées aux Conventions; nous avons néanmoins jugé plus à propos de la placer ici, parceque l'uſage du Serment ne ſe borne pas aux Conventions, mais qu'il s'étend encore à ce que l'on affirme ou que l'on nie ſimplement. D'où vient que les (a) anciens *Hébreux* ne tenoient pour obligatoires les Sermens & les Vœux, que quand ils étoient formez de vive voix ou par écrit.

(a) *Grotius*, Not. ſur *Levit.* V, 4. *Nombr.* XXX, 3. *Deut.* XXIII, 23.

De tout tems, & parmi tous les Peuples du monde, le Serment a été regardé comme une choſe très-ſainte & très-inviolable (1); juſques-là qu'on croyoit, que les peines rigoureuſes, qui étoient préparées aux Parjures, paſſoient à leur Poſterité, & que même la ſimple volonté, ſans l'effet, ſuffiſoit pour les mériter & les attirer actuellement.

Définition du *Serment.* Son *but,* & ſon *uſage.*

§. II. Le Serment eſt *un acte religieux par lequel on aſſure une choſe en prenant* Dieu *à témoin, & déclarant que l'on renonce à ſa miſericorde, ou que l'on ſe ſoûmet aux effets de ſa vengeance, s'il ſe trouve qu'on n'ait pas dit la verité.* Que ce ſoit-là le ſens auquel ſe réduiſent tous les Sermens, cela paroît par les différentes manieres dont ils ſont ordinairement conçus: *Ainſi* Dieu *me ſoit en aide: J'en prens* Dieu *à témoin: Je veux qu'il me puniſſe;* & autres formules ſemblables. Car, quand on prend à témoin un Supérieur qui a droit de nous infliger des peines, on eſt cenſé le prier en même tems de (1) punir le menſonge ou la perfidie, au cas qu'on s'en ren-

(6) Cet *Aquilius* étant accuſé de concuſſion, *Marc Antoine*, ſon Avocat, lui découvrit la poitrine, pour faire voir aux Juges les honorables cicatrices qu'il avoit reçuës pour le bien de la République. Voyez Ciceron. *in Verr.* Lib. V. Cap. I.

Chap. II. §. I. (1) Πρῶτον μὲν οὖν κατὰ τῶν ἐπιόρκων θάνατος ἦν παρ᾽ αὐτοῖς [Αἰγυπτίοις] τὸ πρόστιμον, ὡς δύο τὰ μέγιστα ποιούντων ἀνομήματα, θεοὺς τε ἀσεβούντων, καὶ τὴν μεγίστην τῶν παρ᾽ ἀνθρώποις πίστιν ἀνατρεπόντων. » Les *Egyptiens* puniſſoient de mort les Parjures, » comme coupables des deux plus grands crimes: » l'un, d'avoir violé le reſpect que l'on doit à la Di- » vinité; l'autre, d'avoir manqué à l'engagement le » plus ſacré & le plus inviolable qu'il y ait parmi les » Hommes «. Diodor. Sicul. *Lib.* I. Cap. LXXVII. page 48, 49. *Edit. H. Steph.* Voyez auſſi pluſieurs autres Autoritez dans Grotius, Liv. II. Chap. XIII. §. 1. Le paſſage de Philon Juif, que notre Auteur citoit encore ici, regarde la différence qu'il y a entre les Sermens de Dieu & ceux des Hommes, qui conſiſte en ce que *le Serment donne de la force à nos paroles; au lieu qu'en* Dieu *le Serment tire toute ſa force de la parole même de* Dieu. Καὶ συμβέβηκε τὴν μὲν ἡμετέραν γνώμην ὅρκῳ· τὸν δὲ ὅρκον αὐτὸν Θεῷ πεπιστῶσθαι. De Sacrific. Abel & Caïn. page 146. B. *Edit. Pariſ.* Je ſuis fort trompé, ſi nôtre Auteur n'a cru, que Philon vouloit dire dans ces dernieres paroles, que la force des Sermens faits par les Hommes, vient de la crainte qu'ils ont de la Divinité. Le peu de netteté de la verſion Latine, conſiderée ſurtout hors de la ſuite du diſcours, l'a jetté apparemment dans cette penſée.

§. II. (1) Πᾶς ὅρκος εἰς κατάραν τελευτᾷ

de coupable ; & un Etre qui ſçait tout ce qui ſe paſſe, eſt le Vengeur du Crime, par cela ſeul qu'il en eſt témoin. Pour la privation du ſecours & de la faveur de Dieu, elle eſt ſans contredit par elle-même une très-grande punition.

Mais de ce que dans tout Serment on prend à témoin la Divinité, il ne faut pas inférer, comme ſemble le croire un Auteur (a) Anglois, que le Serment doive être tenu pour un témoignage de Dieu lui-même, ou que Dieu s'explique directement, en donnant à connoitre (2) ſi l'on a juré à faux, ou non. Tout ce qu'il y a, c'eſt que, quand un homme atteſte & conſent d'avoir pour Juge & pour Vengeur de ſon menſonge ou de ſa perfidie, cet Etre Souverain qui peut tout & qui voit tout; il réſulte de là une forte préſomption, fondée ſur ce qu'on ne croit pas facilement qu'une perſonne ſoit aſſez impie pour oſer ſi inſolemment braver la Divinité, & provoquer ſa Vengeance. Car, comme le dit très-bien un Auteur François (b), *c'eſt donner témoignage de mépriſer* Dieu, *& craindre les Hommes. Or qu'y a-t-il de plus monſtrueux, que d'être coüard à l'endroit des Hommes, & brave à l'endroit de* Dieu ?

(a) *Robert. Sanderſon, de Obligatione Juram.* Prælect. 1. §. 6.

(b) *Charron*, de la Sageſſe, Liv. III. Chap. VIII. num. 7.

Le *but* & l'*uſage* du Serment, fait auſſi voir quelle en eſt la ſignification; car il a été établi, afin que ceux ſur qui la crainte des Hommes ne paroîtroit pas capable de faire aſſez d'impreſſion, ſoit à cauſe qu'ils ſont en état de braver ou d'éluder leurs forces, ſoit parcequ'ils peuvent ſe flatter d'échapper à (c) leur connoiſſance, fuſſent plus étroitement engagez à dire la verité, ou à tenir leur parole, par la (d) crainte d'une Divinité qui peut tout & qui voit tout, & à la Vengeance de qui ils ſe ſoûmettent eux-mêmes, s'il ſe trouve qu'ils mentent, ou qu'ils fauſſent leur promeſſe de propos délibéré. En effet, il eſt inutile de faire jurer ceux qui ne ſauroient cacher leur menſonge ou leur infidelité, (e) ni ſe dérober à la Juſtice des Hommes. Et par cette raiſon je trouve fort abſurde la permiſſion que les Loix Romaines donnent, de jurer (f) qu'une Femme qui ſe dit groſſe, ne l'eſt pas. D'ailleurs, à force de jurer trop ſouvent & ſans néceſſité, on vient enfin à perdre le reſpect avec lequel on doit regarder une action ſi grave & ſi religieuſe. Ainſi j'approuve fort la maxime d'un ancien Philoſophe (3), qui diſoit à ſes Diſciples, *de ne jurer que le moins*

(c) *Plin.* Lib. IV. Ep. XXV. num. 4. *Edit. Cellar.*

(d) Voyez *Lucien*, *Phalarid.* I. pag. 731. Tome I. *Edit. Amſtel.*

(e) Voyez *Demoſth.* Orat. *de falſa legatione*, pag. 209. C. *Edit. Genev.* & *Hobbes*, *De Cive*, Cap. II. §. 23.

(f) *Digeſt.* Lib. XII. Tit. II. *De Jurejurando*, &c. Leg. III. §. 3.

τῆς ἐπιορκίας. „ Tout ſerment ſe réduit à une imprécation contre le Parjure". Plutarch. *Quæſt. Rom.* XLIV. page 275. D. *Edit. Wechel.* Tome II. Voyez Grotius, Liv. II. Chap. XIII. §. 10.

(2) Il ne faut pas (diſoit plus bas notre Auteur, outre quelques petites choſes que j'ai ajoûtées entre deux crochets), il ne faut pas s'attendre, ni demander que Dieu faſſe ſur le champ quelque miracle, pour donner à connoitre ſi l'on a juré à faux, ou non; comme s'il étoit tenu d'exercer ſes Jugemens à la fantaiſie des Hommes. [ Voyez le *Traité du Serment*, de Mr. La Placette, Liv. I. Chap. I. ] Cette opinion ſuperſtitieuſe a néanmoins été fort en vogue, non ſeulement parmi les Payens, mais encore parmi les Chrétiens, dans les ſiécles de barbarie & d'ignorance. On en faiſoit ordinairement l'épreuve par le Feu, par l'Eau, & de diverſes autres manieres. Voyez Sophocl. *in Antigon.* Verſ. 269, 270. pag. 225. *Edit. H. Steph.* [ibique *Scoliaſt. Græc.* J. Potter *Archæolog. Græca*, Lib. II. Cap. VI. pag. 262. col. 2. *Edit. Lugd. Batav.* ann. 1702. Biblioth. Univers. Tome VI. pag. 333. les *Nouvelles de la Rep. des Lett.* de Mr. Bernard, Fevrier 1701. pag. 160, 161. ] & les formules des Exorciſmes, dans Marculphe. Cela ſe pratique encore aujourd'hui parmi les Idolâtres de l'*Aſie* & de l'*Amérique*. Voyez Philipp. Baldæus *de Idololatria Indorum*, Cap. ult. au ſujet des *Malabarois* : Bernard. Varenius, *Deſcript. Japon.* Cap. XVIII. Jodocus Schouten, *Deſcript. regni Siam* ; [ Bibliot. Univers. Tome X. page 521. & les Notes de Mr. Hertius]. J'ai été auſſi obligé de bouleverſer preſque ce paragraphe, à cauſe de pluſieurs Additions que l'Auteur avoit mal enchaſſées.

(3) Ὅτι Πυθαγόρας παρήγγελλε τοῖς μανθάνουσι, σπανίως μὲν ὀμνύναι, χρησαμένους δὲ τοῖς ὅρκοις πάντως ἐμμένειν. *Pythagoras* apud Diod. Sicul. *Excerpt. Valeſ.* page 245. Voyez Isocrat. *ad Demonic.* pag. 6, 7. *Edit. Steph.* Valer. Maxim. Lib. II. Cap. X. in fin : Q. Curt. Lib. VII. Cap. VIII. num. 29. Sophocl. *Oedip. colon.* pag. 293. verſ. 642, 643. Epictet. *Enchirid.* Cap. XLIV. ibique *Simplicium* : *Euſebius*, apud Stobæum, Serm. XXVII. & les Notes de Grotius ſur Matth. V, 34. Toutes citations de l'Auteur.

*qu'ils pourroient ; mais de tenir inviolablement ce à quoi ils ſe ſeroient engagez avec ſerment.* Et il faut avouer, que l'uſage du Serment marque ou ſuppoſe la défiance, l'infidelité, l'ignorance, & l'impuiſſance des Hommes. (4) Car quel beſoin y auroit-il de jurer, ſi l'on ſe fioit à nôtre parole ? ou s'il n'y avoit point d'exemples de perfidie ? ou ſi l'on étoit toûjours aſſez puiſſant pour contraindre les autres à s'acquitter de ce qu'ils nous doivent ? Et à quoi bon un Juge feroit-il jurer des Témoins, s'il ſçavoit la verité de la choſe au ſujet de laquelle il requiert leur dépoſition ? C'eſt pour cela que le Serment ne convient guéres aux Princes, (5) ſurtout par rapport à leurs Inférieurs. Car, outre qu'il n'y a perſonne qui ait plus d'intérêt qu'eux qu'on regarde la foi donnée comme une choſe ſacrée & inviolable, il eſt au-deſſous de leur caractere & de leur haut rang, de rien faire qui ſuppoſe qu'on les ſoupçonne ſeulement de menſonge, de fraude, ou de perfidie.

Le Serment ſe termine toûjours à la Divinité.

§. III. Comme il n'y a que la Divinité qui (1) ait une Connoiſſance & une Puiſſance infinies, il eſt clair qu'on ne ſauroit, ſans abſurdité, jurer véritablement par un Etre que l'on ne conçoit pas comme Dieu. Ainſi les Payens juroient ſouvent par les Aſtres, à cauſe que ſelon leurs idées c'étoient tout autant de Divinitez. Mais ſi un Chrétien faiſoit un pareil Serment, il y auroit en cela de l'extravagance & de l'impiété. Ce n'eſt ſans doute (a) qu'en plaiſantant que *Socrate* juroit (2) par le Chien, par l'Oye, par le Plane, &c ; *Zénon*, par la Capre ; d'autres par le Chou (b). Une mauvaiſe coûtume s'étant introduite dès-lors parmi la plûpart des gens, de mêler dans le diſcours certains ſermens hors d'œuvre, comme pour la broderie, ces Philoſophes (c) *juroient par de ſemblables choſes, non à deſſein de jurér par leurs Dieux, mais pour ne jurer par aucun de leurs Dieux.* Mais rien n'étoit plus ordinaire aux Anciens que de jurer par ce qui leur étoit le plus cher, ou dont ils faiſoient le plus de cas ; comme, par leur tête (d) ou par celle de leurs amis, par leur vie ou par celle des perſonnes qu'ils aimoient tendrement. Ainſi le ſerment le plus ſacré d'un Amant, étoit de jurer (e) par les beaux yeux de ſa Maitreſſe, par ſes doux baiſers, par

(a) Quoiqu'en diſe *Porphyre*, *De Abſtinentia*, Lib. III. §. 16.

(b) Voyez *Athen.* Dipnoſophiſt. Lib. IX. Cap. II. pag. 370. B. C.

(c) C'eſt ainſi que parle *Apollon. de Tyane*, dans *Philoſtr.* Lib. VI. Cap IX. *Edit. Morell.* dont je cite les paroles dans la *Note* 2.

(d) Voyez *Virgil. Æneid.* IX. 300.

(e) Voyez *Ovid.* Amor. Lib. III. Eleg. III. verſ. 13, 14.

(4) Dans le *Perou*, comme le remarquoit encore ici notre Auteur, apres Garcillasso de la Vega, *Hiſtoire des Incas Rois du Perou.* Liv. II. Chap. III. le Serment n'étoit point en uſage ; mais ceux qui vouloient certifier une choſe, promettoient ſimplement de dire la verité à l'*Inca*.

(5) C'eſt ce que Guntherus fait dire à l'Empereur *Frederic Barberouſſe*, dans les Vers ſuivans, que l'Auteur citoit :

*Juramenta peris ? Regem jurare minori,*
*Turpe reor, nudo jus & reverentia verbo*
*Regis ineſſe ſolet, quovis juramine major.*
Ligurin. *Lib.* III. verſ. 510. *& ſeqq.*

Voyez Grotius, Liv. II. Chap. XIII. §. dernier.

§. III. (1) Quelque confuſes, quelque mêlées d'abſurditez & de contradictions que fuſſent les idées des Payens, ces deux attributs de la Divinité, qui ſont le fondement du Serment, leur étoient aſſez connus pour donner de la force à cet acte religieux. Qu'ils cruſſent que la Divinité eſt partout & voit tout, ſans en excepter les penſées les plus ſecretes, cela ſe déduit, par exemple, de ce fragment d'une Comédie de Philemon, où l'on prend l'Air pour *Jupiter* :

Ἐγὼ δ᾽, ὃ Θεῷ ἐστιν ἔργον, εἰμὶ πανταχοῦ.
—— —— ὁ δὲ παρὼν ἁπανταχοῦ,
Πάντ᾽ ἐξ ἀνάγκης οἶδε, πανταχοῦ παρών.

Stob. *de Rerum. Nat.* Tit. III. pag. 339. *Collect. Cleric.* Et dans le Prologue de l'*Amphitryon* de Plaute, *Mercure* parle ainſi, *verſ.* 57. *& ſeqq.*

*Utrum ſit, an non, vultis ? ſed ego ſtultior,*
*Quaſi neſciam vos velle, qui Divus ſiem.*
*Teneo quid animi veſtri ſuper hac re ſiet.*

Voyez encore Lucien, in Chronoſol. *Tome* II. page 614. *Edit. Amſt.* & les Notes de feu Mr. le Baron de Spanheim ſur les *Céſars* de Julien, pag. 220. *Edit d'Amſt.* Pour ce qui eſt de la Toute-puiſſance, il ſuffit d'alléguer ces Vers d'Ovide :

*—— immenſa eſt, finemque potentia Cœli*
*Non habet : & quidquid Superi voluêre, peractum eſt.*
Metam. VIII. 618, 619.

Au reſte, ſi l'on veut voir les idées & l'uſage des Anciens ſur les Sermens en general, on peut conſulter une Diſſertation Philologique *De Jurejurando*, jointe au *Syntagma ſacrum de Re Militari*, de Jacques Lydius ; & deux Mémoires de feu Mr. l'Abbé Massieu, inſerez dans les *Mémoires de Litterature* de l'Academie Royale des Belles Lettres, Vol. II. & VII. *Edit. de Holl.*

(2) Voyez Menage ſur Diogene Laerce, Lib. II. §. 40. *Edit. Amſt.* où il a ramaſſé bien des choſes là-deſſus. Il ſuffit de rapporter les paroles de Philostrate, dont l'Auteur cite une partie. Πρὸς

par ſes cheveux blonds comme l'or. Tout cela ne ſignifie pas néanmoins, comme l'ont cru quelques-uns (f), que l'on prît à témoin ces ſortes de choſes, ou qu'on les priât de punir le parjure; ni que, comme ſe l'imaginent d'autres (g), on les atteſtât entant que ce ſont des Créatures de Dieu, où l'on voit briller ſa Fidelité, ſa Bonté & ſa Puiſſance, & dont on ſouhaite de n'être pas privé par un effet de ſa Juſtice, comme on reconnoît qu'on en jouït par un effet de ſa Miſericorde: deſorte que, quand on diſoit, par exemple, *Je jure par ma vie*, cela vouloit dire, Je jure par le nom de Dieu à qui je dois la vie. Mais la verité eſt, que ceux qui juroient ainſi, prioient Dieu de déployer ſa vengeance ſur ces ſortes de choſes, comme celles qui leur étoient les plus cheres (h). D'où vient que, quand les *Athéniens* faiſoient ſerment, ils (i) prononçoient des imprécations non ſeulement contr'eux-mêmes, mais encore contre leur Famille, en cas qu'ils ſe parjuraſſent; comme, au contraire, ils imploroient la bénédiction des Dieux ſur eux & ſur les leurs, s'ils juroient de bonne foi. Auſſi croyoit-on que la punition du Parjure retomboit ſur la tête des perſonnes par qui l'on avoit juré (k). Pour les Sermens que faiſoient les Anciens, comme cela ſe pratique encore aujourd'hui (l) chez les *Perſes*, par la Tête, par le Génie, ou par le Salut du Prince; ils ne ſuppoſent pas que l'on attribuât quelque Divinité à ces Princes, de leur vivant, ni que l'on ſe ſoumît à leur colere & à leur vengeance au cas que l'on ſe parjurât; mais c'eſt que pluſieurs ou ſerieuſement, ou par flatterie, vouloient perſuader qu'ils préféroient le ſalut du Prince à leur propre conſervation; & qu'ainſi ils appréhendoient plus d'attirer la colere des Dieux ſur cette perſonne ſacrée que ſur leur propre tête (3). Deſorte que le ſens de ces ſortes de Sermens ſe réduiſoit à ceci: *Si je ne dis la verité*, ou, *ſi je ne fais telle ou telle choſe, je veux que* Dieu *puniſſe mon Prince* (m).

Il paroît par-là, que ſi Philon (n) Juif a raiſon de condamner l'abus profane que l'on fait des noms de Dieu, en les employant légérement, on ne doit nullement approuver ce qu'il ſoûtient enſuite, que s'il faut jurer, (4) on peut dire: *Ainſi m'aide*, & s'arrêter là; ou ajoûter, ſans parler de Dieu, *la Terre*, *le Soleil*, *le Ciel*, *le Monde*. Je ne vois pas-non plus qu'on puiſſe excuſer ce ſerment des anciens Soldats

(f) Entr'autres *Apulée*, *De Deo Socratis*, pag. 44. *Edit. Elmenhorſt.*

(g) Voyez ſurtout *Sanderſon*, *De Juram. Obligat.* Prælect. I. §. 4.

(h) Voyez *Ovid.* Triſt. Lib. V Eleg. IV. verſ. 45, 46.

(i) Apud *Demoſthenem*, paſſim. Voyez auſſi *Antiphon*, Orat. XV. pag. 93. *Edit. Wechel.*

(k) Voyez *Plin.* Lib. II. Epiſt. XX. num. 5, 6. *Luſias*, *adv. Diagiton.* Orat. XXXIII. Cap. VI. pag 538, 539. Ajoûtez, en paſſant, ce que dit *Pietro della Valle*, Part. II. Ep. III. de ſes Voyages, au ſujet des *Banjans*, Peuples des *Indes*, qui jurent en préſence d'une Vache.

(l) *Pietro della Valle*, Part. II. Ep. I.

(m) Voyez un paſſage de *Saint Auguſtin*, que *Grotius* cite in *Sparſ. florum*, ad Leg. XXXIII. Digeſt. *de Jurejur.* pag. 114.

(n) *De Legibus ſpecialib.* init. p. 594. *Edit. Genev.* Voyez ſurtout ceci, *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 10, 11.

Πρὸς ταῦτα ὁ Θεσπεσίων, ἐγένετό τις, ἔφη, Σωκράτης, Ἀθηναῖος, ἀνόητος, ὥσπερ ἡμεῖς, γέρων, ὃς τὸν κύνα, καὶ τὴν χῆνα, καὶ τὴν πλάτανον, θεοὺς τε ἡγεῖτο, καὶ ὤμνυ· οὐκ ἀνόητος, εἶπεν, ἀλλὰ θεῖος, καὶ ἀτεχνῶς σοφός· ὤμνυ γὰρ ταῦτα, οὐχ ὡς θεοὺς, ἀλλ᾽ ἵνα μὴ θεοὺς ὤμνυ. De Vita Apoll. Tyan. *Lib.* VI. *Cap.* XIX. *Edit. Olear.*

(3) De là il paroit, (ajoûtoit plus bas notre Auteur) que ce n'eſt pas ſans raiſon qu'on puniſſoit autrefois très-rigoureuſement ceux qui ſe parjuroient, apres avoir fait ſerment par la tête, par le trône, ou par le ſalut du Prince: car on s'imaginoit que par un pareil Serment on expoſoit à la vengeance divine cette perſonne ſacrée, de la conſervation de laquelle dépend le ſalut public. Voyez ce que dit Herodote, au ſujet des *Scythes*, Lib. IV Cap. 68. & Zozime, Lib. V. *in fin.* Dans les *Capitulaires de* Charlemagne, il eſt défendu *de jurer par la vie du Roi & de ſes Enfans*, Lib. III. Cap. XLII. Voyez Digest. Lib. XII. Tit. II. *De Jurejurando*, &c. Leg. XIII. §. 6. Voilà ce que dit notre Auteur. Mr. Otto prétend, contre lui & contre Grotius, que, quand on juroit par le Génie ou par le Salut du Prince, on vouloit dire ſeulement, *Auſſi vrai, que le ſalut du Prince m'eſt cher*, &c. Diſſert. V. Cap. 2. *De Perjurio per Genium Principis.*

(4) Ἄξιον ἐπαινεῖν καὶ τοὺς, ὁπότε βιασθεῖεν ὀμνύναι, τῷ μέλλειν καὶ βραδύνειν καὶ ἀποκνεῖν ἐμποιοῦντας δέος οὐ μόνον τοῖς ὁρῶσιν, ἀλλὰ καὶ τοῖς προκαλουμένοις εἰς τὸν ὅρκον. εἰώθασι γὰρ ἀναφθεγξάμενοι τοσοῦτον, νὴ τὸν, ἢ μὰ τὸν, μηδὲν προσλαμβάνοντες, προφάσει τῆς ἀποκοπῆς, τρανοῦν ὅρκον οὐ γενόμενον. ἀλλὰ καὶ προσλαβέτω τὶς, εἰ βούλοιτο, μὴ μὲν τὸ ἀνωτάτω καὶ πρεσβύτατον εὐθὺς αἴτιον, ἀλλὰ γῆν, ἥλιον, ἀσέρας, οὐρανὸν, τὸν σύμπαντα κόσμον. Pag. 770. A. B. *Edit. Pariſ.* Voyez les Interprêtes ſur *Matth.* V, 34. *& ſuiv.* & les *Grenouilles* d'Aristophane, verſ. 1422. où Mr. de Spanheim cite le paſſage de Philon, *de ſpectaculo*, pour, *de Legibus ſpecial.* faute d'impreſſion ſans doute.

Chrétiens, dans lequel il paroît un excès trop groſſier de baſſe flatterie : (5) *Ils jurent*, dit un Hiſtorien, *par le nom de* DIEU, *par le nom de* JESUS-CHRIST, *par le nom du* ST. ESPRIT, *& par la Majeſté de l'Empereur, qui, après* DIEU, *doit être aimée & reſpectée de tout le Genre Humain. Car du moment que l'Empereur a reçu le nom d'Auguſte, on doit être fidelement & conſtamment dévoué à ſon ſervice, comme à un* DIEU *préſent & corporel.* J'avoue, que comme cet Ecrivain ajoûte au même endroit, *quand on aime fidelement un Prince qui régne de la part de* DIEU, *on obéït à* DIEU, *ſoit que l'on porte les armes, ou qu'on vive en ſimple Bourgeois.* Mais il ne s'enſuit point de là, que l'on puiſſe en conſcience jurer *par la Majeſté de l'Empereur*, de la même maniere que l'on jure par le nom de DIEU. Car de dire que, dans un ſeul & même formulaire de Serment, la particule *par* ſe prenne différemment, ſelon qu'il s'agit de DIEU ou de l'Empereur ; c'eſt une diſtinction trop ſubtile pour qu'un ſimple Soldat puiſſe la faire. En effet, il paroît par l'Hiſtoire Eccléſiaſtique (o), qu'une des marques de l'abjuration du Chriſtianiſme, (6) étoit de jurer *par la Fortune de Céſar ;* ce que *Polycarpe* refuſa avec une conſtance inébranlable. Par la même raiſon, je ne ſçai ſi l'on peut approuver cette formule de Serment que *Charles de Gonzague* preſcrivit à un nouvel Ordre de Chevalerie (p) : *Je jure par le Dieu immortel & par mon ancienne nobleſſe.*

(o) *Euſeb.* Hiſt. Eccl. Lib. IV. Cap. XV.

(p) *Gramond.* Hiſt. Gall. Lib. V. *init.* pag. 269.

Un Juriſconſulte Romain ſemble ſoûtenir, que (7) *quand on jure par ſa tête cela n'eſt pas regardé comme un ſerment.* Mais il veut dire ſeulement, comme il s'en explique lui-même, qu'un tel Serment n'eſt pas valable en Juſtice, s'il n'a été expreſſément déféré (q). Car les Sermens ſe font en faveur de ceux qui les exigent : d'où vient que celui qui fait jurer preſcrit d'ordinaire les termes (r) du Serment, afin qu'ils ayent leur effet dans le ſens qu'il les a entendus, & que celui qui jure ne puiſſe pas en éluder la force par quelque équivoque adroitement inſérée. Ou bien ULPIEN a peut-être voulu dire, que l'uſage inconſidéré qu'on fait à tout moment d'un Serment de cette nature le dépouillant de tout ce qui eſt capable d'imprimer un reſpect religieux, on ne doit le prendre que pour une expreſſion familiere, qui ſe mêle dans le diſcours ſans que celui qui parle y faſſe aucune attention. HOBBES (s) a même raiſon de ſoûtenir, que ces ſortes de proteſtations ne ſont pas, à proprement parler, de vrais Sermens, mais des juremens par leſquels on abuſe du nom de DIEU, & qui viennent d'une mauvaiſe habitude d'affirmer tout ce qu'on dit d'une maniere trop forte.

(q) Voyez le même Titre, *De Jurejurando*, Leg. III. §. 4. IV, V. *princip.*

(r) Voyez *Tit. Liv.* Lib. XXII. Cap. XXXVIII. *init.*

(s) *Leviathan*, Cap. XIV.

Pour ce qui eſt des imprécations, quoiqu'à les conſidérer ſimplement en elles-mêmes, entant que l'on ſe ſouhaite du mal ou qu'on en ſouhaite aux autres, elles ne ſoient pas, à proprement parler, des Sermens ; cependant, lorſqu'elles ſe rapportent à une choſe que l'on affirme ou que l'on promet, elles doivent néceſſairement être

(5) *Jurant autem per Deum, & per Chriſtum, & per Spiritum Sanctum, & per Majeſtatem Imperatoris, quæ ſecundum Deum Generi humano diligenda eſt & colenda. Nam Imperatori, cùm Auguſti nomen accepit, tanquam præſenti & corporali Deo, fidelis eſt præſtanda devotio, & impendendus pervigil famulatus. Deo enim vel privatus, vel militans ſervit, cùm fideliter eum diligit, qui Deo regnat auctore.* VEGETIUS, *de re militari.* Lib. II. Cap. V. *Edit. Plantin. Scriver.*

(6) J'ai rapporté là-deſſus des paſſages d'ORIGENE & de TERTULLIEN, dans les Notes ſur le XXII. Sermon de TILLOTSON, pag. 136, 137. Tome III. On verra dans ce Sermon une courte, mais forte réfutation de ceux d'entre les Chrétiens qui ont abſolument condamné l'uſage du Serment.

(7) *Qui* per ſalutem ſuam *jurat*, *licet* per Deum *jurare videtur* (*reſpectu enim divini Numinis ita jurat*) *attamen ſi non ita ſpecialiter jusjurandum ei delatum eſt, juraſſe non videtur : & ideo ex integro ſolemniter jurandum eſt.* DIGEST. *Lib.* XII. Tit. II. *De Jurejurando*, &c. Leg. XXXIII. La premiere explication que notre Auteur donne de cette Loi, eſt la ſeule véritable. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT, *pag.* 280, 281.

regardées comme une partie d'un vrai Serment (t). Il en eſt de même des formules par leſquelles on ſe ſouhaite à ſoi-même quelque bien, en vûë d'une choſe que l'on dit ou à quoi l'on s'engage ; comme faiſoient autrefois quelques Empereurs (u) Romains, qui juroient ſouvent de cette maniere : *Ainſi puiſſai-je ſubjuguer les* Perſes, *& rétablir la tranquillité dans l'*Empire Romain : *Ainſi puiſſai-je voir la* Dace *réduite en Province, & paſſer ſur des ponts le* Danube *& l'*Euphrate ; ou comme font certains Peuples de l'*Indoſtan* (x), qui ſont ſi vains, qu'on leur entend dire tous les jours : *Je veux n'être jamais Roi de* Dehli, *ſi cela n'eſt ainſi.*

De ce que nous avons dit, il paroît comment on doit expliquer divers Sermens que l'on trouve dans l'Ecriture (y) Sainte, de Gens-de-bien & craignans Dieu, qui ne laiſſoient pas d'y faire mention des Créatures. Les *Juifs* des derniers ſiécles juroient auſſi ſouvent *par leur Tête, par le Ciel*, (8) *par la Terre, par Jéruſalem, par le Temple, par l'or du Temple, par l'Autel, par les victimes.* Et Nôtre Seigneur Jesus-Christ cenſure (z) fortement l'abus profane, les ſupercheries, & les chicanes impertinentes que faiſoient les *Juifs* à l'occaſion de ces ſortes de Sermens. Les *Grecs* juroient *par le Sceptre* (a) ; c'eſt-à-dire, ſelon la remarque d'un ancien (b) Scholiaſte, par le Dieu qui eſt l'arbitre des Couronnes. Les *Perſes*, dans les derniers ſiécles, juroient *par* (c) *le Soleil ;* & on lit que *Mahomet*, Empereur des *Turcs*, conjura le Viſir *Bajazet, par le pain & le ſel* (d) *qu'il lui avoit donné dans ſon beſoin.*

§. IV. * Mais de quelque formule qu'on ſe ſerve, pour prendre à témoin la Divinité, & ſe ſoûmettre aux effets de ſa vengeance en cas que l'on jure à faux, *le Serment doit toûjours être reputé conforme à la Religion de celui qui le prête* (1). Car en vain feroit-on jurer quelqu'un par une Divinité qu'il ne reconnoît point, & qu'il ne craint point par conſéquent. Perſonne auſſi ne croit faire un véritable Serment, ſi la formule qu'on lui dicte eſt conçûë d'une autre maniere, ou rapportée à la Divinité ſous un autre nom que ne le preſcrit ſa Religion ; c'eſt-à-dire, ſelon lui, (a) la ſeule vraye. Un Idolâtre eſt obligé, au contraire, de tenir les ſermens faits par ſes faux Dieux, mais qui, dans ſa penſée ſont de véritables Dieux ; & s'il y manque, il commet certainement un parjure ; car, quelque idée chimérique qu'il ſe forge, il a toûjours devant les yeux l'idée générale de la Divinité : deſorte que,

(t) Voyez *Ziegler*, ſur *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 10.

(u) *Julien & Trajan.* Voyez *Amm. Marcellin.* Lib. XXIV. Cap. III. & là-deſſus *H. de Valois.* Voyez auſſi *Grotius* ſur *Geneſ.* XXIV, 2. & *Elien. Var. Hiſt.* Lib. XII, Cap. IX.

(x) Les *Patans.*

(y) Voyez *Geneſ.* XLII, 15. I. *Sam.* XXV, 26. II. *Sam.* XIV, 19. I. *Rois*, II, 23. II. *Rois*, II, 2, 4, 6.

(z) *Matth.* V, 33. & ſuiv. XXIII, 16. & ſuiv. Voyez là-deſſus les Interprêtes.

(a) *Homer.* Iliad. I. verſ. 234. *Virgil.* Æn. XII, 206. *Val. Flacc.* Voyez pourtant *Ovid. Remed. Amor.* verſ. 783, 784.

(b) *Didym.* in Homer. *ubi ſuprà.* Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 11.

(c) *Procop.* de Bell. Perſ. Lib. I. Cap. III.

(d) *Ducas*, Hiſt. Byzant. C. XXII.

* Le Serment eſt conforme à la *Religion* de celui qui le prête.

(a) *Juvenal.* Satyr. XV, 37, 38.

(8) Comme faiſoient les *Payens.* Voyez Mr. le Baron de Spanheim, ſur le *Plutus* d'Aristophane, verſ. 129.

§. IV. (1) *Divus Pius, jurejurando, quod propria ſuperſtitione juratum eſt, ſtandum reſcripſit.* Digest. *Lib.* XII. Tit. II. *De Jurejurando*, &c. Leg. V. §. 1. Notre Auteur ajoûtoit, que le §. 3. de cette même Loi n'eſt pas contraire à celui qui vient d'être cité. Voici en quoi conſiſte l'apparence de contradiction. Il eſt dit dans le §. 3. de la Loi indiquée, qu'on ne doit pas tenir pour un vrai Serment, qui ait quelque effet de droit, celui qui eſt illicite ; c'eſt-à-dire, ajoûte Ulpien, celui qui ſe rapporte à une Religion condamnée par autorité publique : *Sed ſi quis illicitum jusjurandum detulerit, ſcilicet improbatæ publicè religionis, videamus an pro eo habeatur atque ſi juratum non eſſet ? Quod magis exiſtimo dicendum.* Le Juriſconſulte décide, dans le 1. paragraphe, que ſi l'on a fait jurer quelqu'un par une Divinité, encore qu'on ne la reconnoiſſe pas ſoi-même, ou qu'on ne voulût pas jurer par elle, ou du moins de cette maniere ; le Serment ne laiſſe pas d'être bon & valide. Mais dans le §. 3. il excepte les Sermens qui auroient quelque choſe de contraire aux Loix, tels que ſont ceux qui autoriſeroient une Religion défenduë. Et il y a toutes les apparences du monde, qu'Ulpien, qui ne vouloit pas du bien aux *Chrétiens*, les avoit ici en vûë. Voyez Duaren, *De Jurejur.* Tract. I. Cap. 11. & Tit. II. Cap. 4. Notre Auteur, au reſte, renvoyoit encore ici au Droit Canonique, *Cauſ.* XXII. *Quæſt.* V. Can. 10. où l'on trouve un paſſage de St. Augustin, qui porte, que le vrai Dieu punit les Parjures de ceux même qui ont juré par une *Pierre.* Voyez Grotius, *Liv.* II. *Chap.* XIII. §. 12. ſurquoi Gronovius remarque, que l'Hiſtoire nous fournit des exemples de Payens qui ont été punis des impietez qu'ils avoient commiſes contre leurs faux-Dieux. (Tels ſont, *Cambyſe* (Justin. I. 9.) ; *Xerces* (ibid. II. 12.) ; les *Gaulois*, qui avoient pillé le Temple de *Delphes* (ibid. XXIV. 8) ; *Pyrrhus*, & une Garniſon Romaine (Tit. Liv. XXIX, 18.) Voyez les *Penſées ſur la Comete*, par Mr. Bayle, Artic. CXVIII.

s'il ſe parjure de propos délibéré, il viole, entant qu'en lui eſt, le reſpect que chacun doit à la Majeſté Divine. Pour celui qui reçoit le ſerment d'une perſonne, (2) conçu d'une maniere conforme à la Religion qu'elle croit vraye, mais qui lui paroît fauſſe à lui; il n'eſt pas cenſé pour cela approuver cette Religion, & en reconnoître la vérité. Lorſque l'on fait jurer un *Juif*, par exemple, on ne ſouſcrit point par-là à ce que penſent les *Juifs* au ſujet de Nôtre Seigneur Jesus-Christ, qu'ils nient être Fils du ſeul vrai Dieu Créateur du Ciel & de la Terre. Mais je ne ſçai ſi Grotius (b) allégue ici bien à propos le (3) ſerment que *Laban* (c) fit à *Jacob* ſon Gendre (d); car *le Dieu d'Abraham*, *le Dieu de Nachor*, & *le Dieu de leur Pere Tharé*, n'étoit qu'un ſeul & même vrai Dieu.

(b) Liv. II. Chap. XIII. §. 12.

(c) *Geneſ.* XXXI. 53.

(d) Voyez le *Droit Canon*, Cauſ. XXII. Quæſt. I. *An Juram. ſit praſt.* &c. Canon. XVI.

De l'*intention* de celui qui jure.

§. V. Afin qu'un Serment oblige en conſcience, il faut encore *que l'on ait eu véritablement deſſein de prendre à témoin la Divinité.* (1) Ainſi l'on n'eſt point du tout lié par ſes paroles, lorſque, ſans témoigner aucune intention (a) de jurer, on prononce une formule de Serment, ſoit qu'on la récite ſimplement, ou qu'on la dicte à un autre en s'énonçant à la premiere perſonne. C'étoit donc un vain ſcrupule que celui de *Cydippe*, qui crut être engagée par la ſimple lecture des mots ſuivants, qu'*Aconce*, amoureux d'elle, avoit écrits ſur une pomme: *Je jure, par les ſacrifices de* Diane, *d'épouſer* Aconce. Et Ovide (2) lui fait dire avec plus de raiſon:

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & action.* Leg. III. §. 2.

(2) Mr. La Placette, dans ſon *Traité du Serment*, Liv. I. Chap. XIII. pag. 107, 108. diſtingue ici entre, *exiger d'un Infidele qu'il jure, par ſes fauſſes Divinitez*, &, *lui propoſer ſimplement de jurer.* Dans le premier cas, *on l'induit à faire un acte d'Idolâtrie, ce qui ne peut être jamais permis.* Dans l'autre, *on ne l'induit pas à idolâtrer, quoiqu'on ait lieu de croire qu'il commettra ce peché en faiſant ce qu'on lui demande. La raiſon en eſt, que ce qu'on exige de lui eſt innocent; car il n'eſt pas mal fait de jurer. Que s'il ajoûte quelque choſe de criminel à ce qu'on exige de lui, il le fait de ſon propre mouvement, & ſans y être ni déterminé, ni induit par celui qui lui propoſe de jurer. S'il en étoit autrement, il ne ſeroit jamais permis à un homme qui a un beſoin preſſant d'une ſomme, que perſonne ne lui veut prêter à un interêt raiſonnable, de l'emprunter à un Uſurier, qu'il ſçait bien qui ne la lui prêtera qu'à un interêt exceſſif*, &c. Voilà qui eſt bien: mais il me ſemble que la diſtinction de Mr. *La Placette* n'eſt point néceſſaire. Exiger d'un Idolâtre qu'il jure, c'eſt, à mon ſens, la même choſe que ſi l'on lui diſoit de jurer par ſes faux Dieux. Il ne peut jurer que par ce qu'il regarde comme l'objet de ſon Culte religieux, & s'il juroit par quelque autre choſe on ne compteroit pas ſur ſon ſerment. La verité eſt que, quoique le Serment conſideré en lui-même ſoit un acte religieux, dans le commerce de la Vie, il ne doit être regardé que comme un acte civil. C'eſt une ſureté que l'on exige, & dont la force dépend de l'impreſſion que fait ſur l'Eſprit des Hommes la crainte d'une Divinité. Il n'importe que celui qui jure, prenne à témoin le ſeul vrai Dieu ou quelque fauſſe Divinité, pourvû que d'ailleurs on ne le faſſe pas jurer légérement & ſans quelque néceſſité. Je compare ceci à l'action de *Nahaman*, qui, pour ſatisfaire au devoir de ſa Charge, entroit dans le Temple de *Rimmon*, & ſe courboit pour laiſſer appuyer ſur lui le Roi de *Syrie*, ſon Maître; ce que le Prophete *Eliſée* ne déſapprouva point. Voyez *II.* Rois, V, 18. *& ſuiv.* Si Josue', Chap. XXIII, 7. défend aux *Iſraëlites* de *faire jurer par d'autres Dieux*, cela ſe rapporte au *reſte des Cananéens* avec qui ils ne devoient avoir aucun commerce, de-peur qu'ils ne vinſſent eux-mêmes à *ſervir & adorer leurs Dieux*; à quoi ils n'avoient que trop de diſpoſition.

(3) Cet exemple eſt très-bien appliqué. Il paroît clairement par Josue' XXIV, 2. que *Tharé, Pere d'Abraham, & Nachor, Pere de Tharé, ſervoient des Dieux Etrangers.* Voyez Mr. Le Clerc ſur le paſſage de la Genese, dont il s'agit, & ſur le Chap. XIV, 13. du même Livre.

§. V. (1) Le Serment, pour être valide, doit avoir ces deux conditions: l'une, que l'on ſoit en état de jurer avec mûre délibération: l'autre, que celui à qui l'on jure, n'ait rien qui le rende incapable d'acquérir quelque droit par notre Serment. Ces deux conditions ſuivent de la nature même de l'acte. Plus on conſidérera le rapport qu'il a avec la Divinité qu'on prend à témoin, & plus on ſe convaincra qu'il ne convient point à cet Etre Souverain de vouloir autoriſer, ſous ombre de quelque formule de Serment prononcée ou ſans réfléxion, ou par l'effet d'une crainte injuſte, des engagemens qui ne ſont tels qu'en apparence, & ſur leſquels perſonne n'a pû raiſonnablement compter.

(2) *Quæ jurat, mens eſt: nil conjuravimus illâ.*
*Illa fidem dictis addere ſola poteſt.*
*Conſilium prudenſque animi ſententia jurat,*
*Et niſi judicii vincula nulla valent. . . .*
*Sed ſi nil dedimus, præter ſine pectore vocem;*
*Verba ſuis fruſtra viribus orba tenes.*
*Non ego juravi: legi jurantia verba.*
Epiſtr. Heroïd. XXI. verſ. 135. *& ſeqq.*

On trouve une ſemblable avanture, dans Anton. Liberalis, *Métamorph.* Cap. I. On peut appliquer ici diſoit encore notre Auteur, ce mot de Lucien; (il devoit ajoûter, ſur un autre ſujet). Qu'il faut avoir égard à ce qu'une perſonne à eu dans l'eſprit & non pas aux paroles que ſa langue à prononcées: Οὐ γὰρ τὴν γλῶτταν αὐτοῦ ἀλλὰ τὴν γνώμην, ἐξτάζειν ἄξιον. Pro lapſu inter ſalut. *Tome I.* pag. 502. *Edit. Amſtel.*

*C'eſt le Cœur qui jure : je n'ai point juré de cœur. Il n'y a que le Cœur qui puiſſe faire compter ſur les paroles. En un mot, on ne jure que quand on a intention de jurer, & il n'eſt point d'engagement valable, où l'Eſprit n'a aucune part...... Je n'ai proféré qu'un ſon ſans ame. Vous ne tenez donc que de vaines paroles, ſans force & ſans effet. Je n'ai point juré ; j'ai lû ſeulement des paroles qui contenoient un Serment* (b).

Mais ce ſeroit la derniere des abſurditez, ſi lorſqu'on témoigne un deſſein ſérieux de jurer, on prétendoit pourtant ne pas s'obliger en conſcience, ſous prétexte qu'on n'a voulu autre choſe que prononcer une formule de ſerment, pour ſatisfaire celui qui le demandoit. La raiſon préciſe & immédiate de cela, ce n'eſt pas tant, que l'Obligation eſt un effet néceſſaire & inſéparable du Serment, que parceque le Serment, & en général toute autre maniere de s'engager à autrui par quelque ſigne extérieur, ne ſeroit plus d'aucun uſage dans la Vie, ſi par une intention cachée on pouvoit empêcher les effets qui ont été attachez à certains actes. Toutes les fois donc que l'on donne lieu de croire qu'on jure ſérieuſement, & que celui à qui l'on jure prend nos paroles ſur ce pié-là, on eſt lié par ſon Serment, quelque vaine échappatoire qu'on ait eue dans l'Eſprit pendant qu'on faiſoit en apparence tout ce que peut faire une perſonne qui jure. Et, au fond, il implique contradiction manifeſte, de dire que l'on veut jurer, & que néanmoins on ne veut pas s'obliger par-là ; que l'on veut promettre, & que pourtant on ne veut pas être tenu d'effectuer ſa parole ; que l'on veut ſérieuſement prononcer certaines paroles, ſans prétendre cependant qu'elles ayent l'uſage auquel elles ſont deſtinées par une Convention publique. Ainſi c'étoit une réponſe impertinente, que celle des habitans de *Milan*, parlans à l'Empereur *Frederic I:* (c) *Nous avons juré, mais nous n'avons pas promis de faire attention à nôtre Serment.* La coûtume des Cardinaux, dont parle (d) l'Hiſtorien du Concile de *Trente*, n'eſt pas moins déraiſonnable : *Lorſque le Siége Papal eſt vacant, ils dreſſent quelques articles pour la réformation du Gouvernement Pontifical, & chacun jure de s'y conformer exactement, s'il vient à être élu Pape. Cependant l'expérience de tous les tems paſſez fait voir, qu'aucun de ces Cardinaux n'a deſſein de tenir ſon ſerment, le cas arrivant ; car auſſi-tôt qu'un d'entr'eux eſt créé Pape, il déclare qu'il n'a pû s'engager à une réformation de cette nature, & que ſon élévation au Pontificat le décharge du ſerment qu'il avoit fait étant Cardinal.*

Mais ſi l'on a témoigné ouvertement, que l'on ne prétendoit nullement jurer ; en ce cas-là le Serment paſſe pour un ſimple jeu, de même que tous les autres actes capables d'impoſer d'ailleurs quelque Obligation, n'engagent à rien quand on les fait de cette maniere. Ainſi il eſt bien certain qu'un Etudiant qui eſt paſſé Docteur dans une Univerſité, ne laiſſe pas d'être revêtu du titre & des privileges de ce grade, quand même celui qui l'a inſtallé auroit penſé à recevoir un Ane, dans le tems qu'il faiſoit les formalitez ordinaires. Mais lorſque ſur (e) un Théâtre on donne le Bonnet Doctoral à un Comédien avec toutes les cérémonies accoûtumées, ce Comédien n'acquiert par-là quoique ce ſoit qui lui confére le rang & la qualité d'un véritable Docteur.

D'où il paroît, qu'il eſt abſurde de mettre en queſtion, ſi en proférant de propos délibéré des paroles qui renferment une formule de Serment, avec intention néanmoins de ne pas jurer, on eſt véritablement lié par un Serment de cette nature ? Car ſi l'on recite ſimplement les paroles, il eſt clair qu'on ne jure point du tout, & qu'ainſi l'on ne s'engage à rien. Mais lorſque l'affaire ſe paſſe ſérieuſement ; c'eſt-à-dire, que

(b) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 2, 3.

(c) *Radevic.* Lib. II. Cap. XXV.

(d) *Petrus Suavis Polanus*, Lib. I. pag. 62 Voyez encore Lib. V. p. 358. *Edit. Gorinch.* 1658. (pag. 69. & 385. de l'Original, *Edit. de Londres* 1619.) & *Grotius*, ſur *Matth.* V, 33.

(e) Voyez *Quintilien*, Declam. CCCXLII.

celui qui prononce la formule du Serment donne à entendre qu'il jure tout de bon, pendant que l'autre à qui il jure prend la choſe ſur ce pié-là; il n'y a point de doute que le premier n'entre dans un vrai engagement, quelque penſée ſecréte qu'il ait d'ailleurs (3).

Le Serment ne produit point de nouvelle Obligation propre & particuliere.

§. VI. Mais il faut bien remarquer ici, que *le Serment, de ſa nature, ne produit point de nouvelle Obligation* (1), *propre & particuliere:* il eſt ſeulement ajoûté, comme un lien acceſſoire, pour rendre plus fort un Engagement déja valable par lui-même; car toutes les fois qu'on fait un Serment Obligatoire, on ſuppoſe une choſe à quoi l'on s'engage; de maniere que ſi l'on agit autrement, on ſe ſoûmet à la Vengeance Divine. Or cela ſeroit ridicule (2) s'il n'étoit illicite d'agir autrement, & par conſéquent ſi l'on n'étoit déja obligé d'ailleurs à ce que l'on jure; quoique ſouvent une ſeule période, prononcée en même tems, renferme & l'Obligation prin-

(3) Exceptez les Sermens extorquez par une crainte injuſte; dequoi on traitera plus bas, §. 8.

§. VI. (1) Grotius, Livre II. Chap. XIII. §. 14. ſuppoſe au contraire, que tout Serment par lequel on s'engage à faire ou à ne pas faire en faveur d'autrui une certaine choſe, renferme une double Promeſſe: l'une, qui regarde celui à qui l'on jure; l'autre, qui a pour objet Dieu, par qui l'on jure: & que l'une de ces Promeſſes peut ſubſiſter, quoique l'autre ſoit invalide. Mr. La Placette, qui avoit été de cette opinion, dans ſon *Traité de la Conſcience*, s'en eſt retracté publiquement. Il ſoûtient, dans ſon Traité *du Serment*, Liv. II. Chap. II. que j'ai vû depuis la premiere Edition de cette Ouvrage; qu'à parler proprement on ne promet rien à Dieu dans un Serment Obligatoire: autrement, dit-il, il n'y auroit point de différence entre un Vœu & un tel Serment. (Voyez ce que dit notre Auteur dans le paragraphe 8). De-plus, on jure très-ſouvent de faire des choſes où Dieu n'eſt nullement intéreſſé, & quelquefois même où il ſe trouve offenſé. Or il eſt ridicule de dire, qu'on promet à quelqu'un une choſe qui ne l'intéreſſe point, ou qui ne l'intéreſſe que parcequ'elle lui déplaît. Enfin, les Promeſſes les plus ſinceres tombent d'elles-mêmes quand elles ne ſont point acceptées. Si donc le Serment renferme une Promeſſe faite à Dieu directement, tout ce qu'il a de force dépendra de ſçavoir ſi Dieu l'accepte. Or le moyen de s'aſſurer que Dieu accepte mille promeſſes, confirmées par Serment, qui ne regardent point du tout ſon ſervice? Qu'eſt-ce donc qu'il y a dans un Serment Obligatoire, de plus que dans une ſimple Promeſſe faite à celui en faveur de qui l'on jure? Mr. La Placette ne trouve rien qui en donne une idée plus juſte que les *Traitez de Garantie*, ſi ordinaires entre les Princes. *Deux hommes*, dit-il, *font une Convention, mais l'un apprêhende que l'autre la viole. Pour s'aſſurer du contraire il lui propoſe de jurer, c'eſt-à-dire, de prendre* Dieu *à garant de la Convention, & de conſentir, au cas qu'il y manque, que* Dieu *ſe déclare contre lui, & le puniſſe de ſa perfidie.* J'aurois cru d'abord, en liſant ces paroles, que l'on entroit dans le ſentiment de notre Auteur, qui ſemble en être une ſuite; & je le croyois effectivement, lorſque je travaillois à la premiere Edition de cette Ouvrage, comme je le donnai aſſez à entendre, en rapportant le précis des trois raiſons qu'on vient de voir, ſur l'extrait de Mr. Bernard. *Nouv. de la Rép. des Lettres*, Juin 1701. Mais je vois préſentement que malgré tout cela, Mr. La Placette ſoûtient qu'il y a des Sermens valides & obligatoires, quoique les Promeſſes auſquelles ils ſont ajoûtez, ſoient nulles. Il ſuppoſe cela ici, comme une choſe qu'il eſpére de faire voir dans la ſuite: cependant, lorſqu'il en eſt venu là, il n'apporte que des raiſons foibles & étrangeres, ainſi que je le montrerai plus bas; & on préjugera aiſément, qu'il ne peut avoir avancé là-deſſus rien de ſatisfaiſant, ni qui s'accorde avec ſes propres principes. Il rejette l'opinion d'une double Promeſſe renfermée dans le Serment, par la raiſon *qu'on ne peut avoir aucune certitude que* Dieu *accepte une infinité de choſes indifférentes de leur nature, auſquelles on s'engage avec ſerment.* Donc il faut être aſſuré qu'il veuille être *garant* de ce que l'on jure: de même qu'un Prince, qui eſt pris pour Garant d'un Traité, doit y avoir conſenti. Or il n'y a point ici de Révelation, & je défie Mr. *La Placette*, avec tous les Caſuïſtes rigides, de prouver qu'on ait lieu de préſumer que Dieu ſe rende garant d'un engagement d'ailleurs invalide; moins encore qu'il veuille que la ſainteté du Serment aſſure à un Scélérat le fruit de ſon extorſion. Selon Mr. La Placette, la Fraude diſpenſe de tenir un ſerment; pourquoi la Violence ne produiroit-elle pas le même effet? Joignez ici ce que j'ai dit, depuis la ſeconde Edition de cet Ouvrage, dans mes Notes ſur l'endroit même de Grotius, indiqué au commencement de celle-ci.

(2) Cette raiſon ne paroît pas bien juſte, ou du moins eſt mal exprimée; car, comme l'Auteur le dit lui-même immédiatement après, & au §. 19. il arrive d'ordinaire que l'on s'engage & l'on jure en même-tems; ainſi on ne ſçauroit alors concevoir une Obligation antecedente au Serment, & valable indépendemment de cet acte religieux. L'idée de *lien acceſſoire*, que l'Auteur a donnée d'abord, ſuffit pour prouver ce qu'il ſoûtient. On ne s'engage pas pour jurer, mais on jure pour confirmer ſon engagement. Le Serment eſt, par rapport à l'Obligation où l'on entre, ce que ſont les *Modes*, ou les *Accidens*, par rapport à la *Subſtance* ſans laquelle ils ne ſçauroient ſubſiſter. Ainſi du moment que l'Engagement dont on avoit pris Dieu à témoin, renferme quelque choſe qui le rend nul en lui-même, le Serment perd toute ſa force, ſurtout lorſque l'on n'a juré que de bouche, comme le font apparemment ceux de qui l'on extorque une promeſſe avec ſerment, par la crainte de la mort ou de quelque grand péril.

cipale, & le lien acceſſoire du Serment, comme quand on dit, *Je vous promets devant* DIEU *de vous donner cent Ecus.* Mais de ce que l'Obligation n'auroit pas laiſſé d'être pleinement valide, il ne s'enſuit pas que le Serment ſoit ſuperflu. Car, quoique tous ceux qui ne ſont pas Athées croyent que DIEU venge la violation des Promeſſes faites même ſans ſerment, ils ſont néanmoins perſuadez, & avec raiſon, qu'il punit avec plus de ſévérité ces Perfides qui ont oſé braver inſolemment ſa juſte Vengeance, & ſe mettre pour jamais, entant qu'en eux eſt, hors d'état d'éprouver ſa Miſéricorde; parcequ'en témoignant par-là ne ſe ſoucier point du tout de déplaire à cet Etre Tout-puiſſant, qui tient entre ſes mains & le Souverain Bien & le Souverain Mal, ils font voir un grand fond de malice, ils découvrent une Ame endurcie au Crime, & déterminée à outrager hautement la Divinité.

De là je conclus, que tout acte accompagné de quelque vice qui le rend incapable de produire aucune Obligation, ne devient jamais obligatoire par l'interpoſition du Serment. Un Serment poſtérieur n'annulle pas non-plus un Engagement valide, & ne détruit point par conſéquent le droit que la parole donnée avoit acquis à autrui. L'on a beau jurer, par exemple, de ne pas payer une Dette, on n'eſt pas pour cela quitte envers le Créancier.

§. VII. IL SUIT encore du principe établi ci-deſſus, que toute Promeſſe & toute Convention faite par erreur étant incapable de produire aucune Obligation, le Serment n'oblige point lorſque l'on a manifeſtement ſuppoſé un fait qui ne ſe trouve pas tel qu'on l'a cru; enſorte que, ſi l'on eût ſçu la choſe comme elle eſt, on ſe ſeroit abſtenu de jurer. Ce qui a lieu ſurtout lorſque celui à qui l'on juroit, nous a lui-même malicieuſement jetté dans l'erreur; car ce fait ſuppoſé tenant lieu de condition ſous laquelle on a juré, du moment qu'il paroît faux, tout ce qu'on avoit bâti là-deſſus tombe de lui-même. Par exemple, ſi ayant appris des nouvelles agréables d'un Païs éloigné, on promet avec ſerment, en conſidération de cela, quelque récompenſe ou quelque préſent à celui qui nous les a apportées, & qu'elles ſe trouvent enſuite fauſſes, on n'eſt point du tout lié par un tel Serment. *Des Sermens faits par erreur, ou ſurpris par artifice.*

GROTIUS (a) ajoûte, que quand il y a lieu de douter ſi celui qui a juré l'auroit fait ſans l'erreur où il a été, il doit tenir ſon Serment. La raiſon en eſt, que le Serment demande une entiere ſimplicité, qui exclut toute interprétation tendante à l'éluder en aucune ſorte. On pourroit dire auſſi, qu'en ce cas-là l'engagement où l'on eſt entré n'étoit pas uniquement fondé ſur l'erreur, quoique peut-être elle ait contribué à rendre la Promeſſe plus avantageuſe pour celui en faveur de qui l'on s'engageoit. Mais cette déciſion n'eſt pas ſans difficulté; car au jugement de qui s'en remettra-t-on, pour ſçavoir ſi ſans l'erreur où l'on a été on auroit promis, ou non? Ce ne ſera pas au jugement de celui à qui l'on a juré; car le moyen qu'il ſçache dans quels ſentimens auroit été l'autre, ſi telle ou telle choſe fût arrivée? Celui qui a juré ne ſauroit non-plus ſe répondre là-deſſus à lui-même déterminément & ſans héſiter; car on voit pour l'ordinaire qu'une ſeule & même choſe ne nous plait pas également, non ſeulement en divers tems, mais encore dans le même tems, ſi elle nous eſt propoſée de différentes manieres. Il me paroît donc probable que ces ſortes de Sermens ne ſont point valables, du moins en ce qui s'y trouve fondé ſur une erreur. Cependant ſi quelqu'un, par délicateſſe de Conſcience, fait ſcrupule de manquer entierement à ce qu'il a juré dans une telle occaſion, je ſuis d'avis qu'il conſulte ſes forces & ſes facultez, pour voir ce qu'il eſt en état d'exécuter ſans s'incommoder beaucoup.

(a) *Liv. II. Chap. XIII. §. 4. num. 1.*

(b) *Joſ.* Chap. IX. Voyez *St. Ambroiſe* de Offic. *Lib. III. Cap. X.*

Il ne ſera pas hors de propos de dire ici quelque choſe du Serment que *Joſué* (b) aux *Gabaonites*. Surquoi il faut remarquer d'abord, que l'artifice des *Gabaonites* n'a rien de blâmable, (1) & ne mérite pas d'être regardé comme un Menſonge proprement ainſi nommé ; car qui voudroit faire un crime à une perſonne, de de ce que, pour éviter la fureur d'un Ennemi qui met tout à feu & à ſang, elle dit quelque choſe qui n'eſt pas ? De-plus, par cette fiction les *Iſraëlites* ne recevoient proprement aucun dommage ; car que perd-on à n'avoir pas la permiſſion de tuer un homme, que l'on peut d'ailleurs dépouiller de tout ſon bien & réduire à un eſclavage perpétuel, après l'avoir deſarmé & affoibli de telle maniere qu'il ne ſoit plus en état de remuer ? Le principal point de la queſtion conſiſte donc à ſçavoir, ſi Dieu avoit donné un ordre poſitif & indiſpenſable d'exterminer tous les habitans du Païs de *Canaan*, ſans en excepter ceux qui ſe rendroient d'eux-mêmes à diſcrétion, & de qui l'on n'auroit rien à craindre déſormais ? Si l'on tient abſolument l'affirmative, il faudra dire que le Serment de *Joſué* étoit nul, puiſqu'il auroit ſervi à éluder l'exécution d'un Commandement divin ; deſorte que *Joſué*, en jurant alors, auroit prié Dieu de le punir s'il ne lui déſobéïſſoit de propos délibére. En vain prétendroit-on que *Joſué* voulut tenir ſa parole, de-peur qu'en manquant à un Traité fait avec ſerment il ne diminuât, dans l'eſprit de ces peuples, la crainte du Dieu d'*Iſraël*; car cet inconvénient n'étoit pas moins à appréhender, s'il eût violé les ordres exprès de Dieu. Grotius croit donc, que la Loi qui ordonnoit d'exterminer les ſept Nations des *Cananéens* (c), doit être entenduë avec (2) cette exception, *à moins que*

(c) *Deuter. VII*, 2.

§. VII. (1) C'eſt en vain que St. Basile, dans le même endroit où il louë fort les Sages femmes d'*Egypte*, & *Rahab*, condamne l'artifice des *Gabaonites*, comme *mauvais* : Πονηρῶς κατεπανουργεύσαντο τοὺς Ἰσραηλίτας οἱ Γαβαωνῖται. In *Princip. Proverb.* Tome I. page 402. C. *Edit. Pariſ.* 1638. Car autre choſe eſt de ſçavoir, ſi à cauſe de cet artifice le Traité devoit être regardé comme nul ; & autre choſe, de dire que l'artifice en lui-même étoit un Crime. Le dernier ne ſuit pas néceſſairement du premier.

(2) Dans cette hypothéſe il n'y a plus de difficulté ; car quand même *Joſué* auroit ſçu les choſes comme elles étoient, il ſe ſeroit déterminé infailliblement à recevoir les *Gabaonites*, non pas à la vérité pour traiter avec eux une alliance d'égal à égal, mais en qualité de tributaires, ou du moins d'eſclaves du Peuple d'*Iſraël*. Ainſi il n'auroit pû ſe diſpenſer de tenir ſa parole, quand même le Serment ne ſeroit point intervenu dans le Traité conclu avec eux. Mais Mr. Le Clerc a très-bien fait voir, que la ſuppoſition de Grotius n'eſt pas bien fondée ; & voici comment il la refute. La Loi excepte formellement les ſept Nations *Cananéennes* du nombre de ceux à qui l'on devoit offrir & donner la vie s'ils ſe rendoient à diſcretion. Voyez Deuteron. XX, 15, 16. D'ailleurs, il y a bien de la différence entre une Loi qui ordonne d'exterminer certains Peuples, de-peur que ſi l'on en égargnoit quelqu'un il n'entraînât le Vainqueur à l'Idolâtrie ; & une Loi qui ordonneroit de les exterminer tous, à moins que quelqu'un d'entr'eux ne ſe rendît volontairement tributaire, & n'embraſsât la Religion de ſes nouveaux Maîtres. Si le dernier ſens étoit celui de *Moïſe*, il s'en ſeroit expliqué clairement en quelqu'un des endroits où il fait mention du ſort des *Cananéens*. La choſe méritoit bien ſans doute qu'on en inſtruisît ſoigneuſement les *Hébreux*. On ne voit pourtant nulle part aucune trace de cette exception a l'ordre ſevére que Dieu donne en pluſieurs endroits, de paſſer au fil de l'épée les ſept Peuples *Cananéens*, & de ne faire aucun Traité avec eux. D'ailleurs le vœu que les *Hébreux* appelloient *Cherem*, étoit de telle nature que ce qui avoit été voué de cette maniere, ne pouvoit être racheté ; il faloit le détruire abſolument. Voyez Levit. XXVII, 29. Or il paroît par pluſieurs endroits, que les ſept Nations *Cananéennes* devoient être regardées ſur ce pié-là ; & cela ſe voit même dans la Loi du Deuter. VII, 2. Les exemples alléguez par Grotius ne prouvent pas le contraire. 1. L'Hiſtoire de *Rahab* eſt un exemple particulier, qui ne tire point à conſéquence. Et il ne faut pas s'étonner, ſi le ſervice conſidérable que les *Hébreux* avoient reçu de cette femme, les obligea à l'épargner ; d'autant plus qu'elle le leur avoit rendu avant qu'ils déclaraſſent la guerre à ſa Patrie. 2. Il eſt certain que *Salomon* ſe contenta de rendre tributaires les reſtes de la poſterité des ſept Peuples *Cananéens* ; I. Rois, IX. 20. 21. Mais c'eſt que la Loi, qui ordonnoit d'exterminer ces Peuples, ne s'étendoit pas à leur derniere poſterité. Il ſuffit de ſuppoſer qu'elle avoit lieu uniquement par rapport à ceux dont Dieu les rendit victorieux du tems de *Joſué*, ou après, juſques à ce qu'ils fuſſent bien établis, & en poſſeſſion d'une auſſi grande étenduë de païs qu'il leur en falloit. Du reſte, ſi quelques-uns des *Cananéens* s'étoient ſauvez dans les Païs voiſins, comme le paſſage que je viens de citer le prouve manifeſtement, & qu'ils vinſſent à tomber enſuite entre les mains des *Iſraëlites*, eux ou leurs Deſcendans ; ils ne devoient pas être tuez ſans remiſſion. 3. Pour ce qui eſt dit dans le Livre de Josué,

*que quelques-uns d'entr'eux, étant ſommez de ſe rendre, ne ſubiſſent d'abord volontairement le joug* (d). Cette penſée paroît d'autant plus vraiſemblable, que, comme d'autres le remarquent, la raiſon pourquoi Dieu avoit ordonné d'exterminer les

(d) *Selden* croit même, que cette Loi étoit plûtôt une permiſſion, qu'un ordre poſitif. *De Jur. Nat. & Gent. ſecundum Hebr.* Lib. VI. Cap. XVI.

sué, XI, 19, 20. qu'*il n'y eut aucune ville* des ſept Nations des *Cananéens*, *qui voulût avoir la paix avec les Iſraëlites; parceque Dieu avoit permis qu'ils endurciſſent leur cœur, enſorte qu'ils allerent combattre contre Iſraël, afin qu'il les exterminât entierement, ſans leur faire aucune grace:* cela ne veut pas dire, comme le prétend Grotius, que les *Iſraëlites* duſſent épargner ceux qui ſe rendoient à diſcretion; mais ſeulement que, par un effet de la Providence divine, tous les ſept Peuples *Cananéens*, à la reſerve des *Gabaonites*, prirent le parti d'en venir aux mains, & ne voulurent point implorer la clémence du Peuple *Hébreu*, qui n'auroit pas eu le courage de les paſſer tous ſans rémiſſion au fil de l'épée, comme la Juſtice Divine vouloit quils fuſſent punis, s'ils euſſent mis bas les armes, & ouvert les portes de leurs villes au Vainqueur. Voila les raiſons de Mr. Le Clerc, auſquelles je ſouſcris volontiers. Mais cela étant, que dirons-nous du Serment de *Joſué?* Pour moi, je ne vois pas qu'on puiſſe s'empêcher de reconnoître que ce Serment étoit inconſideré, & nul de lui-même. L'Hiſtorien ſacré ſemble le donner à entendre le premier, lorſqu'il remarque, verſ. 14. que *l'on ne conſulta point la bouche de l'Eternel*, c'eſt-a-dire, l'*Urim* & le *Thummim*. En effet, puiſqu'on ſoupçonnoit quelque choſe, comme il paroit par le verſ. 7. il falloit bien prendre ſes précautions avant que de s'engager à un Serment de ſi grandes conſéquence, & d'une maniere à courir riſque de contrevenir aux ordres de Dieu. Et ces ordres étant ſi formels & ſi abſolus, il s'enſuit qu'auſſi-tôt que l'artifice des *Gabaonites* fût découvert, le Serment de *Joſué* & des Principaux d'*Iſraël* n'avoit plus de force. Car tout le monde convient, qu'un Serment par lequel on s'engage à une choſe illicite, eſt invalide. Voyez plus bas, §. 9. Cependant on voit que *Joſué* crut être obligé de tenir le ſien. Peut-être que Dieu par un acte poſterieur, ratifia ce ſerment; quoique l'Ecriture Sainte, qui omet ſouvent pluſieurs circonſtances, ne diſe rien de cette ratification. On avoit négligé de conſulter l'*Urim* & le *Thumim* quand il le falloit: on le fit après coup; & lorſqu'on eût vû par l'expérience la faute qu'on avoit commiſe en jurant ſans bien examiner les choſes, Dieu eut plus d'égard à la bonne intention des Principaux du Peuple, & à ce que demandoient les circonſtances, qu'à la qualité de l'acte même & à la rigueur du droit. Il voulut donc qu'on tint le ſerment à cet égard, malgré l'erreur ſur laquelle il avoit été fondé, & qui auroit diſpenſé de le tenir en aucune maniere. La ſévére punition que Dieu exerça ſur les *Iſraëlites* & ſur la poſterité de *Saül*, à cauſe que ce Prince avoit fait mourir quelques deſcendans des *Gabaonites*, (II. *Samuel*, XXI, 1. *& ſuiv.*) peut le faire conjecturer; quoique d'ailleurs l'action de *Saül* n'eût pas laiſſé d'être cruelle & inhumaine; parce qu'alors, comme je l'ai dit, après Mr. Le Clerc, la Loi qui ordonnoit d'exterminer les *Cananéens*, ne ſubſiſtoit plus. Quoiqu'il en ſoit, il eſt certain qu'un Superieur peut rendre valide quelque acte contraire à ſes défenſes, ſurtout en matiere d'une Loi Poſitive auſſi rigoureuſe que celle dont il s'agit. On ſçait même que le Droit Moderne, ſuivant les principes du *Droit Canonique*, laiſſe ſubſiſter certains actes où le Serment eſt intervenu, quoique ces actes ſoient d'ailleurs nuls ſelon les Loix, & que par conſequent le Serment ne les rende pas valables d'eux-mêmes. Voyez Grotius Liv. II. Chap. V. §. 14. *num.* 4. & §. 16. & *Chap.* XIII. §. 20. *num.* 9. & ce que nôtre Auteur dira plus bas, §. 19. Et il n'eſt pas difficile de découvrir pourquoi Dieu voulut ratifier le Serment de *Joſué*. L'infraction d'une Promeſſe ſi ſolemnelle, & faite à la faveur du Serment, qui a toûjours paſſé, parmi tous les Peuples du monde, pour un acte très-ſaint & très-inviolable, auroit ſans doute donné fort mauvaiſe opinion aux Nations voiſines avec qui les *Iſraëlites* devoient vivre en paix, & du Peuple d'*Iſraël*, & de ſon Dieu; enſorte que perſonne n'auroit voulu avoir le moindre commerce avec de telles gens, ni compter jamais ſur leur bonne foi. En vain nôtre Auteur prétend-il, que le même inconvénient s'enſuivoit, ſi l'on manquoit d'executer un ordre abſolu & formel de la Divinité. Il n'étoit guéres à craindre que les Peuples voiſins fiſſent cette réfléxion. Ils pouvoient bien trouver étrange la rigueur extrême avec laquelle le Peuple d'*Iſraël* traitoit ceux dont il venoit conquérir le Païs: mais je doute qu'ils ſe ſcandalizaſſent le moins du monde, de voir qu'un ordre ſi ſévére eût été mitigé, ſurtout en conſidération de la ſainteté du Serment. Voilà ce que je diſois dans la premiere Edition de cet Ouvrage. Mr. Le Clerc, ſur les principes de qui j'ai raiſonné, a depuis changé de ſentiment, comme il paroît par ſon Commentaire ſur les autres Livres Hiſtoriques du Vieux Teſtament, qui a été publié en 1708. Il avouë que les *Iſraëlites* firent mal de ne pas s'informer exactement du lieu d'où venoient les *Gabaonites*, quoique ceux-ci puſſent très-bien, pour ſauver leur vie, avoir recours à la ruſe innocente dont ils s'aviſerent. Mais il croit que l'on n'avoit pas mis cette clauſe dans le Traité, qu'on ne le faiſoit que dans la ſuppoſition que les *Gabaonites* fuſſent effectivement des Peuples éloignez, faute dequoi il feroit nul. Les *Iſraëlites* n'ayant donc pas inſiſté là-deſſus, & ayant juré ſimplement aux *Gabaonites* de ne leur faire aucun mal, ils étoient obligez de tenir la parole qu'ils leur avoient donnée avec ſerment; d'autant plus que cela ne les engageoit d'ailleurs à rien de défendu par la Loi, comme on le prouve par les mêmes raiſons dont Grotius s'eſt ſervi. On applique à cette action des *Iſraëtes* une ſentence de Publius Syrus, qui porte qu'on fait bien de tenir ſa parole, lors même qu'en la donnant on a commis une faute.

*Etiam in peccato, recte praſtatur fides.*
Verſ. 192. *Edit.* 1708.

Il faut attendre la nouvelle Edition du *Pentateuque* de Mr. Le Clerc, pour voir comment il refutera les raiſons qu'il avoit lui-même trouvées; car dans le tems que j'écrivois ceci (ſur la fin de 1709), j'apprenois qu'on rimprimoit actuellement cette premiere partie de l'Ouvrage le plus utile qui ait encore été fait ſur le Vieux Teſtament. J'ajoûte maintenant, que l'Auteur a laiſſé les choſes telles qu'elles étoient dans la premiere Edition. Ainſi il reſte encore de la difficulté dans la ſolution qui eſt fondée ſur des principes contraires. D'ailleurs, en accordant même ce qu'on ne peut prouver, qu'il n'y eut point de clauſe expreſſe dans le Traité, par où il parût qu'on le faiſoit uniquement dans la ſup-

*Cananéens*, c'étoit, d'un côté, de-peur que les *Iſraëlites*, Peuple extrêmement enclin à s'entêter des ſuperſtitions étrangeres, n'imitaſſent l'Idolâtrie de ces Nations; (e) de l'autre, pour empêcher que les anciens Habitans du Païs, reſtans en trop grand nombre, ne chaſſaſſent les nouveaux; ſurtout s'ils traitoient avec eux d'égal à égal. Ainſi, lorſqu'il n'y avoit plus rien à craindre de ce côté-là, on pouvoit bien en épargner quelques-uns, & principalement ceux qui renonçoient au culte de leurs Idoles. Quoiqu'il en ſoit, il eſt clair que *Joſué* ayant découvert l'artifice des *Gabaonites*, expliqua à la derniere rigueur les paroles de ſon ſerment. Ils avoient dit aux *Iſraëlites*, par une façon de parler familiere aux Orientaux, *Nous ſommes vos ſerviteurs;* & ils leur avoient demandé en même tems une alliance. *Joſué* leur promit la vie, & traita alliance avec eux. En vertu de ce Traité, s'ils euſſent été tels qu'ils feignoient d'être, c'eſt-à-dire, hors du nombre des Peuples que Dieu avoit condamnez à être entierement détruits, on leur auroit laiſſé la Vie & la Liberté (f). Mais parcequ'ils avoient uſé d'artifice, *Joſué* ne leur accorda que la Vie, & comme il ſemble, les alimens abſolument néceſſaires; donnant ainſi à ſes termes l'interprétation la plus rigoureuſe dont ils étoient ſuſceptibles.

(e) Voyez *Juges*, I, 33. II, 2. III, 5, 6.

(f) Voyez I. *Rois*, XX, 4. *& ſuiv.*

*Des Sermens extorquez par une crainte injuſte.*

§. VIII. Mais que dirons-nous des *Sermens forcez?* Certainement lorſque, par une crainte injuſte on a porté quelqu'un à jurer, on n'eſt pas moins obligé de le tenir quitte de ce qu'on lui a fait promettre de cette maniere, que ſi la Promeſſe avoit été extorquée ſans ſerment. Ainſi je ne vois pas, pourquoi il ne pourroit pas ſe dégager de ſon ſerment par (1) une eſpece de compenſation, ſelon ce que nous avons dit ailleurs en parlant de la crainte qui annulle les Engagemens. Grotius (a)

(a) *Liv.* II. *Chap.* XIII. §. 14.

poſition que les *Gabaonites* euſſent dit la verité; il ne s'enſuit point qu'il ne fût pas fondé là-deſſus. Il y a des conditions tacites, qui ſuivent de la nature même de la choſe, & de l'intention de l'un ou de l'autre des Contractans ſuffiſamment notifiée. Telle étoit ici la ſituation du Païs d'où les Ambaſſadeurs des *Gabaonites* faiſoient ſemblant d'être envoyez, & je ne ſçai ſi on peut le donner à connoitre plus clairement que ne le marquent ces paroles des Principaux d'*Iſraël: Peut-être demeurez-vous au milieu de nôtre Païs; comment donc traiterions-nous avec vous?* verſ. 7. Après une telle déclaration, il eſt naturel d'en inférer, que le Traité, ſur quel pié qu'il ſe fit, & ſoit que ceux qui le concluoient puſſent, ou non, relâcher de la ſévérité des ordres du Ciel; que ce Traité, dis-je, avoit pour baſe la ſuppoſition que les *Gabaonites* ne fuſſent pas du nombre des Sept Nations condamnées à l'interdit. Cela paroît auſſi par les murmures du Peuple d'*Iſraël*, lorſqu'il vit qu'on épargnoit les *Gabaonites*, qui eux-mêmes ne cherchent point dans la lettre du Traité dequoi en établir la validité à leur avantage, mais s'en remettent à la clemence de l'autre Partie, à qui ils en ont impoſé: *Verſ.* 18. & 25. Bien-plus, il me ſemble que, ſelon l'hypoteſe de Grotius, le Traité n'aura pas été executé, ni par conſéquent le ſerment accompli, de la maniere qu'il auroit dû l'être. Car ſi la Loi permettoit d'épargner indiſtinctement tous ceux qui auroient volontairement demandé la paix, & vouloit qu'on ſe contentât de les rendre tributaires; en vertu dequoi ôta-t-on aux *Gabaonites* & leurs biens & leur liberté perſonnelle? Parce, direz-vous, qu'ils avoient trompé les *Iſraëlites*. Mais ſi l'on n'a pas poſé pour condition du Traité ce en quoi conſiſte la Tromperie, la force des engagemens du Traité en eſt indépendante. Et au fond l'artifice dont les *Gabaonites* avoient uſé, dans l'épouvante où les jettoit l'approche d'un Peuple qui mettoit tout à feu & à ſang, meritoit-il qu'on les traitât ſi differemment de ce qu'on auroit fait, s'ils euſſent declaré de bonne foi le lieu où ils étoient plantez? Falloit-il pour cela qu'ils fuſſent *maudits?* verſ. 23. Mais du moment qu'on reconnoit le Traité nul par les raiſons alléguées, toutes ces difficultez diſparoiſſent. Les *Gabaonites* n'ayant rien à prétendre, c'étoit une grace qu'on leur faiſoit de leur laiſſer la vie ſeule, qu'on auroit pû leur ôter légitimement.

§. VIII. Voyez ce que j'ai dit ſur Liv. III. Chap. VI. §. 11. Note 6. A l'égard de la queſtion en elle-même, on trouvera dans Mr. Vander Muelen ſur Grotius, Tome II. pag. 487. *& ſeqq.* les raiſons que l'on allegue de part & d'autre, quoique ce que dit notre Auteur ſuffiſe pour juger qui a raiſon. Joignez ici mes Notes ſur l'endroit même de Grotius, qui eſt indiqué en marge. Euripide a dit, que la Divinité ſçait bien diſcerner les Sermens forcez d'avec ceux qu'on fait pour tromper les perſonnes à qui l'on jure, & qu'elle pardonne aiſément les premiers, lorſqu'on y a été porté par la crainte de la mort, des fers, ou de quelque autre violence d'un Ennemi:

— Οὐ γὰρ ἀσύνετον
Τὸ Θεῖον, ἀλλ' ἔχει συνιέναι τοὺς κακῶς
Παγέντας ὅρκους, καὶ κατεναγκασμένους.
Συγγνώμονάς τοι τοὺς Θεοὺς εἶναι δοκεῖ,
Ἐάν τις ὅρκοις θάνατον ἐκφεύγειν θέλῃ,
Ἢ δεσμὸν, ἢ βίαια πολεμίων κακά.

Incert. Tragœd. *verſ.* 99. *& ſeqq. Edit.* Barnes,

ſoûtient pourtant, que *s'il arrive ou que les paroles du Serment ne ſe rapportent pas directement à la perſonne en faveur de qui l'on jure de faire quelque cohſe, ſans lui donner aucun droit d'en exiger l'accompliſſement, ou qu'elles s'y rapportent, mais enſorte que l'on puiſſe oppoſer à ſes demandes une exception légitime; en ce cas-là cette perſonne n'acquiert à la verité aucun droit, mais on ne laiſſe pas d'être obligé, devant* DIEU, *à tenir ſon ſerment. Nous avons*, ajoûte-t-il, *un exemple de ceci dans les Sermens extorquez par une crainte injuſte.* Mais il y a bien de la différence entre un Serment fait directement à quelqu'un, & un Serment dont les paroles ſe rapportent uniquement à DIEU; comme, par exemple, ſi je dis ou en moi-même, ou en préſence de témoins: *Je jure à mon* DIEU *de donner tant à un tel.* (2) Le dernier eſt une eſpece de *Vœu*, par lequel on promet à DIEU de faire en ſon honneur quelque choſe pour autrui; deſorte que c'eſt à lui qu'on donne droit, pour ainſi dire, d'exiger l'effet de nôtre parole, & nullement à la perſonne en faveur de qui l'on s'eſt engagé. Au lieu que, quand on promet directement à quelqu'un en prenant DIEU à témoin, l'Obligation ceſſe entierement, du moment qu'il y a dans celui à qui l'on avoit voulu conferer un droit, quelque vice qui le rend incapable de l'accepter légitimement; car alors on n'a rien promis à DIEU. On n'a point dit, par exemple: *Je donnerai tant à ce Voleur, en l'honneur & à la gloire de* DIEU. Et quand même j'accorderois qu'un pareil Serment a force de Vœu, il ne s'enſuivroit nullement qu'il obligeât; car un Vœu n'oblige point, ſi DIEU ne l'a accepté. Or le moyen de s'aſſurer que DIEU agrée qu'une perſonne innocente ſe dépouille de ſes biens en faveur d'un Scélérat, afin qu'il ne perde pas le fruit de ſon crime? Il n'eſt pas à craindre non-plus qu'en ne s'acquittant pas d'un ſerment comme celui-là, on diminuë, dans l'eſprit du Voleur qui l'a extorqué, le reſpect qu'il avoit pour la Majeſté Divine; car la profeſſion de ces ſortes de gens montre aſſez par elle-même qu'ils n'ont aucune crainte de DIEU. Cependant ſi quelqu'un, pour ne pas ſcandaliſer les Simples, & de-peur qu'on ne le ſoupçonne de manquer lui-même de reſpect pour le nom de DIEU, à la faveur duquel il s'eſt tiré du péril, veut bien ſacrifier l'argent qu'il avoit juré de donner; il vaux mieux, ce ſemble, employer cet argent à des œuvres pies, que de fournir au Scélérat, en le lui comptant, un moyen de continuer dans ſes injuſtices; & je ne doute pas que DIEU ne prenne plus de plaiſir à cette modification de l'execution d'un tel Serment, que ſi on le tenoit à la derniere rigueur. Ce parti eſt d'autant plus ſûr, lorſque les Loix de l'Etat déclarent (3) nuls les Sermens forcez. A l'égard

(2) Notre Auteur indique ici la diſtinction que fait le Pere PAUL, entre un Serment qui s'adreſſe à DIEU (*Giuramenro à Dio*) & un Serment que l'on prête entre les mains d'un Homme (*Giuramenro in mano*). C'eſt au ſujet de l'intolérance & de la Punition de ceux qu'on nomme *Hérétiques.* Le Sçavant Religieux veut montrer, que ni à *Veniſe*, ni même en *Eſpagne*, le Tribunal de l'Inquiſition n'exerce pas ſon office barbare indépendamment de l'autorité du Souverain. Et comme les Eccléſiaſtiques objectoient, que le *Doge* de *Veniſe*, & les Rois d'*Eſpagne*, depuis *Philippe* II. jurent lorſqu'ils entrent en poſſeſſion de leur Dignité, de ne point ſouffrir les Héretiques: il répond, que le Serment du Roi d'*Eſpagne* n'emporte pas une promeſſe de garder la fidelité & le ſecret au *Saint Office*, qui dépend du Roi & en reçoit des ordres; mais que c'eſt un engagement envers DIEU, & que le Roi veut par-là ôter à ſes Sujets toute eſperance de pouvoir obtenir de lui la Liberté de Conſcience. De même, ajoûte-t-il, le Serment que le *Doge* faiſoit autrefois, dans ſon inſtallation, de punir les Héretiques, n'étoit pas prêté au Tribunal de l'*Inquiſition*, mais à DIEU & à la République; car autre choſe eſt, *jurer abſolument*, & autre choſe, *jurer entre les mains de quelqu'un.* DISCORSO *dell'origine: forma, leggi, ed uſo dell' Officio dell' Inquiſitione, nella Città e Dominio di Venetia*, pag. 56, 57. Edit. 1639.

(3) Cela eſt ainſi décidé par une Conſtitution de l'Empereur *Frederic II.* inſerée dans le CODE, Lib. II. Tit. XXVIII. *Si adverſus venditionem.* Leg. I. *Per vim autem, vel per juſtum metum* [c'eſt-à-dire, non par une crainte juſte, mais par une crainte ſuffiſante pour ébranler une perſonne qui n'eſt pas d'une timidité exceſſive] *extorta etiam à majoribus*, [*ſacramenta*] (*maximè ne querimoniam maleficiorum commiſſorum faciant*) *nullius momenti eſſe jubemus.* Le Poëte GUNTHE-

des autres exemples, que Grotius allegue, pour peu qu'on les examine, on trouvera qu'ils ne font rien au ſujet. Je m'étonne auſſi, qu'un autre (b) Auteur approuve l'action de *Jules Céſar*, qui *ayant été pris par des Corſaires, leur paſa*, dit-il, *la rançon qu'ils lui avoient fait promettre avec ſerment, mais enſuite il équippa contre eux une Flotte, & les ayant pris les fit tous mettre en croix.* On ne trouve rien de ce prétendu ſerment (4) ni dans (c) Plutarque, ni dans Velleius (d) Paterculus, ni dans (e) Suetone, ni dans (f) Polyen. D'ailleurs, ce Juriſconſulte ſemble ſuppoſer, qu'on peut s'acquitter de ſon Serment en payant pour un moment, à deſſein de recouvrer enſuite ou par ſoi-même, ou avec le ſecours du Magiſtrat,

(b) *Ant. Matth. De Criminib.* Tit. *De Perjurio*, num. 5.

(c) *In ejus Vita.* init.

(d) Cap. XLI, XLII.

(e) Cap. IV. & LXXIV.

(f) Lib. VIII. Cap. XXIII. *num.* 1.

rus fait auſſi mention dans ſon *Ligurinus*, Lib. VIII. verſ. 793. *& ſeqq.* d'une ſemblable Conſtitution de l'Empereur *Frederic I.* ou *Barberouſſe*:

*Juramenta metu, mortiſve dolore coacta,*
*Præcipuè ne quis multis nocitura loquendo*
*Publicet, aut in ſe crudeliter acta queratur,*
*Nullius meriti vel ponderis eſſe jubemus.*

Notre Auteur citoit ces Vers à la fin du paragraphe ſuivant. Voyez Feud. Lib. II. Tit. LIII. §. 3. où l'on trouve la même choſe.

(4) Mr. La Placette dans ſon Traité *du Serment*, Liv. II. Chap. XXI. a mal pris la penſée de notre Auteur. Voici ces termes : *Il fait dire à* Ciceron, *qu'il y a de la fraude à tenir cette ſorte de Promeſſe.* Et voici le Latin de Mr. de Pufendorf : *Cicero quoque, Prædoni pactum pro capite pretium, ſine fraude non afferri adſerit.* Quand toute la ſuite du diſcours ne montreroit pas qu'il n'y a pas la moindre apparence à ce qu'on accuſe notre Auteur d'imputer à Ciceron, la ſeule conſtruction des termes fait voir qu'il rapporte fidelement l'opinion de cet Illuſtre Orateur ; car il ne dit pas, *non ſine fraude afferri*, mais *ſine fraude non afferri*; ce qui eſt bien different, & qui revient au ſens des paroles de Ciceron, que voici : *Si Prædonibus pactum pro capite pretium non attuleris*, NULLA FRAUS EST, *ne ſi juratus quidem id non feceris*, &c. Mr. La Placette, après avoir fait lui-même cette bévuë, infere de celle que notre Auteur n'a point faite, & dont on n'auroit pas même dû le croire coupable ſans de bonnes raiſons, ſuppoſé qu'il ſe fût mal exprimé par inadvertence, comme il lui arrive quelquefois ; il infere, dis-je, de là, que Mr. de Pufendorf ſemble dire qu'un Voyageur ne peut en conſcience, pour racheter ſa vie, ni promettre aux Voleurs la ſomme qu'ils lui demandent, ni la leur compter ; & que *ce ſeroit pécher contre le Public que de faire ſoit l'un, ſoit l'autre.* Deſorte que *ce Serment ſeroit criminel, & qu'on ne devroit pas le faire ; puiſqu'on ne peut s'obliger innocemment à ce qu'on ne peut tenir ſans péché. Ainſi dans ces occaſions le devoir d'un Homme-de-bien ſera de ſe laiſſer tuer plûtôt que de promettre un ſol à des Voleurs qui lui offrent de lui laiſſer la vie pourvû qu'il s'oblige à une choſe qui n'excede pas ſon pouvoir.* Je n'entens pas ces dernieres paroles, (où il y a même dans le Livre de Mr. La Placette, *leur offrent*, pour *lui offrent* ;) & je crois que les Voleurs ſe mettent fort peu en peine ſi celui de qui ils extorquent une promeſſe, ſoit ſans ſerment ou avec ſerment, excedera ou non ſon pouvoir en payant ce qu'il promet. Du reſte, il n'y a pas la moindre choſe, dans notre Auteur, qui donne lieu de le ſoupçonner d'une penſée comme celle qu'on lui attribuë, & on ne peut l'inferer de ſes principes, qu'en ſuppoſant ce qui eſt en queſtion. Il prétend qu'on n'eſt point obligé à tenir un Serment forcé : mais il laiſſe d'ailleurs la liberté de le tenir, ou non, ſelon qu'on le jugera à propos ; c'eſt une affaire de Prudence. Et quand même il croiroit qu'on ne pût jamais le tenir ſans pécher contre le Public, il ne s'enſuivroit pas de là qu'on ne puiſſe jamais le faire ; puiſqu'il ſuppoſe que ce n'eſt pas, à proprement parler, un veritable Serment, & que comme on ne s'oblige à rien envers le Voleur, qui n'a aucun droit d'éxiger ni d'accepter un tel engagement, on ne prend pas non-plus Dieu à témoin. C'eſt alors ſans contredit que l'on jure & que l'on peut jurer ſeulement de bouche. Mr. La Placette, après des raiſonnemens ſi peu juſtes, conclut néanmoins par cette vive cenſure : *Voilà à quoi aboutiſſent d'ordinaire ces relâchemens que les Ennemis de la Morale ſévere propoſent. Ils portent la ſévérité & la rigueur incomparablement plus loin que ceux qu'ils accuſent de jetter les bonnes ames dans le déſeſpoir.* Mais je laiſſe aux perſonnes judicieuſes à examiner quels Livres ont fait plus de mal & moins de bien, ou ceux qui ſont dans le goût de notre Auteur, ou ceux des Théologiens Moraliſtes, qui ſont pleins de myſtiqueries, d'idées Scholaſtiques ou métaphyſiques pouſſées à toute outrance, & de maximes impraticables. Mr. La Placette pretend encore, que ſoûtenir qu'un Serment forcé n'oblige point, *c'eſt rendre un très-mauvais office à la Societé, puiſque c'eſt déſeſperer les Pirates & les Bandits, & les empêcher d'entrer jamais dans aucune négociation.* Mais il peut ſe raſſurer là-deſſus. Ces gens-là aſſurément ne liront ni le Traité de mon Auteur, ni les Ouvrages de Mr. La Placette. Ils comptent d'ailleurs bien plus ſur la crainte qu'on a de tomber de nouveau entre leurs mains, que ſur l'obligation indiſpenſable où ils ſuppoſent que l'on croit être de tenir les Sermens qu'on leur fera. Voyez, au ſujet des *Corſaires* de *Barbarie*, ce que l'on dira ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. IV. §. 5. Pour ce qui eſt des Traitez par leſquels on s'engage à un Ennemi ou à un Conquerant, par un motif de crainte, on en traitera Liv. VIII. Chap. VIII. §. 1. J'ajoûterai ici, qu'ordinairement un Voleur en faiſant jurer le Paſſant à qui il tient le piſtolet à la gorge, de lui payer une certaine ſomme, exige auſſi par le même Serment, que celui qui le fait ne le dénoncera point en Juſtice ; & il ſera bien ſot de ne pas prendre cette précaution, ſans quoi il courroit plus de riſque qu'il n'eſpéreroit de profit. Or le ſilence eſt ici contraire au Bien Public, & rend dès-là le Serment nul. Voyez le §. ſuiv. à la fin. Mais payer ce qu'on a promis pour un tel ſujet, eſt auſſi une choſe qui par elle-même tend au dommage de la Societé, parcequ'elle encourage le Voleur à continuer ſes brigandages, dans l'eſpérance d'un ſemblable ſuccès. Ainſi le Serment eſt encore illicite par cette raiſon, & tout concourt à en faire voir la nullité.

ce que l'on vient de donner : expédient auſſi vain que le ſcrupule qui le produit ! car n'eſt-ce pas la même choſe, de ne point payer du tout, ou de ſe faire rendre auſſi-tôt ce qu'on a payé ? Il vaut mieux certainement dire, ſans détour, comme fait (g) Ciceron ; Que *l'on peut,* (5) *ſans faire tort à des Corſaires, ne pas leur payer ce qu'on leur a promis pour racheter ſa vie, quand même on s'y ſeroit engagé avec ſerment.* La raiſon en eſt, ſelon lui, qu'*un Corſaire n'étant pas de ces gens avec qui l'on eſt en Guerre réglée, mais plûtôt l'Ennemi commun de tous les Hommes ; il n'y a ni foi, ni ſerment, qui ſoit valable par rapport à une telle perſonne.* Grotius (h) n'approuve pas cette raiſon ; *parce,* dit-il, *qu'encore que les Corſaires n'ayent pas avec nous cette communauté particuliere que le Droit des Gens a établie entre des Ennemis qui ſe font la Guerre dans les formes, cela n'empêche pas qu'entant qu'Hommes ils n'ayent part aux beneſices communs du Droit Naturel, dont une des maximes porte qu'il faut tenir ce qu'on a promis.* On peut pourtant trouver dequoi défendre Ciceron (6). Car un Corſaire étant l'Ennemi commun du Genre Humain, c'eſt-à-dire, dépouillant ou tuant tous ceux qu'il trouve, ſans en avoir reçu aucune injure, & par conſéquent faiſant profeſſion ouverte de troubler & de rompre la Societé que Dieu veut que les Hommes entretiennent enſemble ; il ne mérite pas d'avoir part aux avantages qui reviennent du commerce des Engagemens mutuels : il n'y a que ceux qui gardent les Loix de la Sociabilité conformément à l'intention du Créateur, qui ayent droit de prétendre au fruit de leur obſervation religieuſe. Et comme un tel Homme, par cela même qu'il fait le métier de Corſaire, ſe déclare hautement Athée, il eſt encore moins digne de retirer quelque profit de la Religion, & de trouver de la protection dans la ſainteté du Serment. Par la même raiſon la Prudence ne permet pas de ſe fier aux Sermens de ces ſortes de gens (i). Car, comme l'a remarqué *Machiavel,* (k), *du moment que les ſentimens de Religion & de crainte de* Dieu *ſont éteints dans le cœur des Hommes, ils ne tiennent compte de leurs Sermens & de leurs Promeſſes qu'autant qu'ils y trouvent leur avantage ; & quand ils jurent, ce n'eſt pas à deſſein de tenir leur ſerment, mais en vûë de tromper plus facilement les autres. Ainſi plus la tromperie réüſſit ſans peine & ſans riſque, & plus ils s'en félicitent, comme d'un glorieux exploit.*

(g) *De Offic.* [illegible] 29. Voyez le paſſage cité *Liv. III. Chap. VI.* §. 11. *Note* 12.

(h) Liv. II. Chap. XIII. §. 15. *num.* 2. & Liv. III. Chap. XIX. §. 2.

(i) Voyez *Terence,* Adelph. Act. II. Scen. I. verſ. 35.

(k) Hiſt. Florent. Lib. III. pag. 129. *Edit. Rom.* 1550.

Tout Serment par lequel on s'engage à quelque choſe d'*illicite*, eſt nul de lui-même.

§. IX. Afin qu'un Serment oblige en conſcience, il faut encore *que ce à quoi l'on s'engage n'ait rien d'illicite* (1). Ainſi une Promeſſe faite avec ſerment eſt nulle, toutes les fois qu'elle roule ſur quelque choſe de défendu par le Droit Naturel ou par le Droit Divin Poſitif, ou même par le Droit Humain, lorſque celui-ci n'a rien de contraire aux deux premiers, & que la perſonne qui jure vit dans une So-

(5) Le Juriſconſulte Hollandois a été trompé par ce que dit Suetone, *Cap.* 74. que *Céſar* avoit juré de faire crucifier les Pirates. Il a confondu ce ſerment, avec la promeſſe d'une rançon,

(6) Avec la reſtriction que notre Auteur a apportée ci-deſſus, Liv. III. Chap. VI. §. 9. & 11. ſur la fin.

§. IX. (1) Ce n'eſt qu'en ce ſens qu'on peut admettre la maxime commune, qui porte, qu'*un ſerment qui n'eſt pas de faire, n'eſt pas de tenir.* Car, ſi ce à quoi l'on s'oblige eſt bon ou indifférent en lui-même, le Serment eſt valide & obligatoire, ſoit qu'on péche en le faiſant, ſoit qu'on ne péche point. Voici deux exemples, qui éclairciront la choſe. Un homme ne s'engage par ſerment à ne jurer de ſa vie, il le fait néanmoins quelques tems après, & par ce ſecond ſerment il s'oblige à rendre quelque choſe qu'il emprunte. Il péche, ſans doute, en faiſant ce ſecond ſerment qu'il étoit obligé de ne pas faire : Cependant il doit le tenir. Un autre emprunte & jure de rendre ce qu'il emprunte, ayant pourtant deſſein de ne le pas faire. Il commet par-là un péché horrible. Dira-t-on pourtant qu'il n'eſt pas tenu de faire ce qu'il a juré ? La maxime dont il s'agit, n'eſt donc veritable qu'à l'égard des Sermens par leſquels on s'engage à commettre une action criminelle, ou à s'abſtenir d'une bonne, lors même qu'on devra la faire. C'eſt ce que dit Mr. La Placette, Liv. II. Chap. V. de ſon *Traité du Serment.*

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 6. & les paſſages des Peres, que *Gratien* a recueillis dans le Droit Canon. *Cauſ. XX I. Quæſt. IV.*

(b) I. *Sam. XXV.*

(c) *Paul Warnefrid. de geſtis Longobard.* Lib. I. C. XXVII. Voyez auſſi Lib. V. Cap. XL. in fin. & *Æneas Sylvius Hiſt. Bohemic.* Cap. XVIII.

cieté Civile (a). L'Hiſtoire de *David* nous en fournit un exemple remarquable (b). Ce ſaint homme, étant en colere, avoit juré d'exterminer la maiſon de *Nabal*, pour ſe venger du refus injurieux d'un ſervice qu'il lui avoit demandé. (2) Mais les ſages & humbles repréſentations d'*Abigaïl* l'ayant appaiſé, il rendit graces à Dieu de ce qu'après avoir commis un peché en faiſant ce ſerment illicite, il n'en avoit pas commis un autre plus grand, en l'effectuant. Par la même raiſon, *Alboin*, Roi des *Lombards* (c), fit très bien de ne pas tenir le vœu qu'il avoit fait de paſſer au fil de l'épée tous les Habitans de *Pavie*, parcequ'ils n'avoient pas voulu ſe rendre d'abord. En effet, il eſt abſurde de dire que l'on ſe ſoumet à la Vengeance Divine, au cas que l'on ne faſſe pas une choſe défenduë de Dieu même ſous quelque peine, & d'abuſer ainſi du reſpect de la Majeſté Divine, pour faire à Dieu un cruel outrage. L'uſage du Serment a été établi pour être une ſureté acceſſoire des Promeſſes par leſquelles on s'engage à quelque action bonne, ou du moins innocente; & nullement afin de prêter, pour ainſi dire, main forte au Crime (3).

De là dépend la déciſion d'une autre queſtion qu'il y a ſur cette matiere; ſçavoir, ſi l'on eſt obligé de tenir un Serment forcé, par lequel on a promis à des Voleurs, pour ſauver ſa vie, de ne pas les dénoncer, & de leur épargner, entant qu'en nous eſt, la juſte punition de leurs brigandages, en gardant un ſilence perpétuel au ſujet de la violence dont ils ont uſé envers nous? Je répons, que non, ſuppoſé qu'en ne découvrant pas la choſe on expoſe pluſieurs perſonnes à tomber entre les mains de ces Scélérats; car chacun eſt libre à la verité de pardonner, ou non, en ſon particulier, les injures qu'il a reçues, mais non pas ſi l'impunité de l'Offenſeur (4) doit tourner à la ruïne d'un grand nombre d'Innocens (5).

*Les Sermens qui empêchent un plus grand bien*, ſont auſſi nuls.

§. X. Bien-plus; encore que la choſe que l'on promet ne ſoit pas illicite en elle-même, le Serment ne laiſſe pas d'être nul, s'il empêche un Bien Moral (1) plus con-

(2) Voyez là-deſſus le Commentaire de Mr. Le Clerc. Mr. Hertius remarque ici, que *David* n'étoit pas encore Roi, & que le refus d'un tel ſervice ne l'autoriſoit pas à uſer de voyes de fait contre celui qui le lui refuſoit. Il ne ſe trouvoit pas dans le cas d'une extrême néceſſité; & quand il y auroit été, ce n'étoit pas un ſujet ſuffiſant de s'en venger d'une ſi terrible maniere.

(3) *Θεοὶ γὰρ ἐπὶ καλαῖς καὶ δικαίαις παραλαμβάνεσθαι φιλοῦσιν ὁμολογίαις, οὐκ ἐπ' αἰσχραῖς καὶ ἀδίκοις.* Dionys. Halicarnass. Lib. XI. p. 694. *Edit. Sylb.* (Cap. XI. *in fin.* pag. 662. *Edit. Oxon*). „Les Dieux veulent être pris à témoins des Traitez „honnêtes & juſtes, & non pas de ceux qui ſont „deshonnêtes & injuſtes. Notre Auteur, qui citoit ce paſſage, remarquoit encore, que, dans l'Alcoran, au Chapitre *de diſpuratione*, il eſt défendu de jurer qu'on ne touchera jamais ſa Femme. Et ſi quelqu'un a fait un pareil ſerment, il eſt tenu, pour l'expier, d'affranchir un Eſclave, avant que de faire ce dont il s'étoit témerairement engagé de s'abſtenir. Voyez ce que dit Mr. Buddeus, ſur le Serment qu'*Hamilcar* fit faire à ſon Fils *Hannibal*, encore enfant, qu'il n'auroit jamais de paix ni d'amitié avec les *Romains*; *Specim. Juriſpr. Hiſt.* §. 68. *& ſeqq.* parmi les *Selecta J. N. & Gent.*

(4) C'eſt ainſi qu'*Ateius Capito* diſoit à *Tibere*, comme le remarquoit ici notre Auteur: *Sané lentus in ſuo dolore eſſet, Reip. injurias ne largiretur.* „Qu'il „pouvoit pardonner ſes injures, mais non pas celles „de la République„. Tacit. *Ann.* Lib. III. Cap. LXX. num. 3. *Edit. Rycqu.*

(5) Voyez un paſſage de Guntherus, cité ci-deſſus §. 8. Note 2.

§. X. (1) La plûpart des exemples que Grotius & Pufendorf alléguent ici, roulent ſur des choſes abſolument illicites, comme le remarque très-bien Mr. Thomasius, *Juriſp. Div.* Lib. II. Cap. IX. §. 20, 21. En effet, on doit de toute néceſſité honorer & ſecourir ſon Pere ou ſa Mere. Et quoique perſonne n'ait droit à la rigueur d'exiger nos ſervices, la Loi de l'Humanité impoſe une obligation indiſpenſable de faire du bien à autrui, autant qu'on le peut. Ainſi on ne ſauroit jurer directement en bonne conſcience, d'abandonner dans le beſoin un Pere ou une Mere, de ne rendre jamais ſervice à tel ou tel, &c. Il faut donc, ce me ſemble, ſuppoſer ici des cas où il s'agiſſe d'une choſe innocente & permiſe en elle-même, mais dont on ne pourroit s'acquitter ſans ſe mettre hors d'état de ſatisfaire à quelque Devoir; ou bien d'une choſe bonne & loüable en elle-même, mais qui ſe trouve en concurrence avec une autre meilleure, & dont par conſéquent l'obligation doit l'emporter, comme plus étroite, ſelon ce que l'Auteur a dit en pluſieurs endroits. Par exemple, il eſt libre à chacun de donner ſon bien à qui bon lui ſemble. Mais ſuppoſé qu'imprudemment quelqu'un ait juré de donner à une perſonne qui n'en a pas grand beſoin, ou même aux Pauvres, une ſomme dont il ne ſauroit ſe défaire

ſidérable, comme lorſqu'il eſt un obſtable à la pratique de quelque Devoir d'Humanité, ou de ce que l'on doit à ſes Parens (a). Car chacun eſt indiſpenſablement obligé, devant Dieu, de faire de plus en plus des progrez dans la Vertu, & d'aſpirer, autant qu'il eſt poſſible, à la perfection: ainſi on ne ſauroit s'en ôter à ſoi-même la liberté, non-plus que ſe décharger, par un acte de ſa propre volonté, d'aucun Devoir preſcrit par les Loix Divines. On peut rapporter ici les Sermens par leſquels on s'engage à ne point communiquer un Art ou un Secret utile au Genre Humain (b): bien entendu que l'uſage qu'on en fait ſoi-même, (2) ou ceux qui ſçavent le ſecret, ne ſuffiſe pas pour l'utilité du Genre Humain; & que d'ailleurs, en le découvrant on ne cauſe aucun dommage à celui qui nous avoit fait jurer de le garder pour nous ſeuls. Les Sermens dont il s'agit étoient fort communs parmi les *Juifs*, & Jesus-Christ leur en fait de vifs reproches: (c) Dieu *a donné*, leur dit-il, *des Commandemens en ces termes: Honorez vôtre Pere & vôtre Mere; &, que celui qui maudira ſon Pere ou ſa Mere ſoit puni de mort. Mais vous dites: Quiconque aura dit à ſon Pere ou à ſa Mere; Ce dont j'aurois pû vous ſecourir, ſoit conſacré à* Dieu; *ne doit point honorer ſon Pere ni ſa Mere; & ainſi vous rendez inutile le Commandement de Dieu, à cauſe de vôtre tradition.* C'eſt auſſi, à mon avis, un Serment invalide, que celui du Vieillard à qui *Narſes* (d) fit jurer de n'indiquer à perſonne l'endroit où il avoit enterré une grande quantité d'or; & ce Vieillard ne commit aucun crime en découvrant le tréſor à l'Empereur *Tibere* après la mort de *Narſes*. Il faut dire ici la même choſe des *Vœux*; car ils n'obligent point, non ſeulement lorſqu'ils roulent ſur des choſes illicites, mais encore lorſqu'ils ſont abſurdes & impertinens. Témoin ce *Lacédémonien*, qui ayant fait vœu de ſe précipiter du Cap de *Leucate*, n'eut pas plûtôt enviſagé la hauteur du précipice, qu'il recula; & comme on l'en blâmoit, il répondit: (e) *Je ne penſois pas que ce vœu avoit beſoin d'être ſoûtenu par un autre vœu encore plus fort.*

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 7.

(b) Voyez *Matth.* XXV, 27. *Lucian. in Tragopodagra*, Tom. II. p. 118. in fin. *Edit. Amſt.* & *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. XXV. Cap. I.

(c) *Matth.* XV, 4. *& ſuiv.* Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 7. & ſes Notes ſur ce paſſage de St. *Matthieu*; comme auſſi *Selden*, *De Jur. Nat. & G. ſecund. Hebr.* Lib. VII. Cap. II. *Conſtantin l'Empereur in Baba-Kama*, Cap. IX. §. 10. & dans le Droit Canon, *Gratian.* Cap. XXI. *Cauſ. XXII. Quæſt. IV.*

(d) *Paul. Diacon.* Lib. XVIII. pag. 149. *Edit. Lugd. B.* 1592. Voyez auſſi *Gratien*, C. II. *Diſtinct. XIII.*

(e) *Plutarch.* Apophtheg. Lacon. *in fin.*

§. XI. * En un mot, il eſt certain que *le Serment ne change point la nature & le fond des Promeſſes ou des Conventions auſquelles il eſt ajoûté.* Ainſi les Sermens qui regardent des choſes abſolument impoſſibles, n'obligent point, quoique l'on commette un grand péché en abuſant ainſi témérairement du nom de Dieu. Une Promeſſe conditionnelle ne devient pas non plus abſoluë, pour être confirmée par ſerment; car la validité ou la nullité des Sermens faits ſous condition, ne dépend pas moins de l'exiſtence ou de la non-exiſtence de la condition, que la validité ou la nullité des ſimples Promeſſes. Les Sermens, comme toutes les autres Promeſſes, ceſſent auſſi d'obliger, du moment qu'on n'eſt plus revêtu de la qualité ſous laquelle on les a prêtez. Par exemple, auſſi-tôt qu'un Magiſtrat eſt ſorti de charge, il n'eſt plus tenu à ce qu'il avoit juré comme tel en y entrant (a). D'autre côté, les Citoyens ne doivent pas déſormais obéïr à un Magiſtrat qui eſt ſorti de charge, ou qui a été caſſé, quoiqu'on ne les ait pas expreſſément déchargez du ſerment de fidelité; car cela ſuit de la nature même de la choſe. Dans les Promeſſes faites avec ſerment, il faut encore une acceptation de la part de celui à qui l'on jure, tout de même que dans une ſimple Promeſſe. Et lorſqu'on a acquis quelque droit par une Convention où le ſerment eſt intervenu, on peut décharger l'autre Contractant de l'exécution de ſa parole, comme s'il l'avoit donnée ſans ſerment.

* Le Serment ne change point la nature des actes auſquels il eſt ajoûté.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 18. *num.* 2.

en leur faveur, ſans manquer à ce qu'il doit aux perſonnes qui le touchent de près & qu'il eſt obligé d'entretenir; en ce cas-là, le Serment eſt tout-à-fait nul.

(2) Voyez le *Traité du Serment*, par Mr. La Placette, Liv. II. Chap. X. §. 183. *& ſuiv.*

C'eſt encore par la nature-même des Conventions qu'il faut décider, ſi un acte fait contre ce que l'on avoit juré, eſt nul en ſoi ou ſeulement illicite (b) ? Car à moins que celui qui a promis une choſe avec ſerment ne ſe ſoit dépouillé lui-même de ſon droit ſur cette choſe, & ne l'ait déja transféré à autrui, l'acte poſtérieur par lequel il la donne ou l'aliéne effectivement, ſubſiſte en ſon entier. Par exemple, ſi l'on a juré de léguer une choſe à quelqu'un, & qu'enſuite on la vende à un autre, la Vente n'eſt pas nulle, quoique (1) l'on ſe ſoit rendu coupable de parjure. De même, ſi un Jeune homme, du vivant de ſon Pere & de ſa Mere, leur a promis avec ſerment de ne point épouſer une certaine Fille, & qu'après leur mort il ne laiſſe pas de ſe marier avec elle, il ſe parjure à la vérité; mais cela n'empêche pas que le Mariage ne ſoit valide, à moins que les Loix de l'Etat n'en ayent autrement diſpoſé.

(b) Voyez *Grotius*, *ubi ſuprà* §. 19.

La force que les Promeſſes & les Conventions ont ou par le Droit Naturel tout ſeul, ou par le Droit Civil, dépend auſſi de la nature même des Engagemens auſquels le Serment eſt ajoûté; car le Serment par lui-même ne ſuffit pas pour changer une Obligation purement naturelle en Obligation Civile, juſqu'à ce que les Loix l'ayent ainſi expreſſément determiné. Le Serment ne change pas non-plus la qualité d'un acte. Une Donation, par exemple, ne devient pas un Contract intéreſſé de part & d'autre, pour être faite avec ſerment; & un Contract intéreſſé, au contraire, ne ſe convertit point pour cela en Donation.

On peut rapporter ici la Queſtion, ſi un Contract fait avec ſerment peut être caſſé, lorſqu'il s'y trouve une lézion conſidérable au deſavantage de celui qui a juré ? Grotius (c) le nie, & il ſe fonde ſur ce qu'encore qu'on ne ſoit obligé que peu ou point envers celui à qui l'on a juré, on doit néceſſairement effectuer ce qu'on a promis à Dieu. Mais nous avons déja réfuté cette raiſon. Les Interprêtes du Droit Romain traitent amplement la queſtion, en expliquant une Loi du Code, (2), que pluſieurs Juriſconſultes, & ſurtout les *François*, trouvent injuſte. Cette Loi eſt un Reſcript de l'Empereur Alexandre, auquel on a joint une Conſtitution de l'Empereur Frederic. A l'égard du Reſcript d'Alexandre, ils répondent, qu'il ne renferme pas une déciſion générale; mais qu'il faut l'expliquer par rapport au cas particulier à l'occaſion duquel il fut donné. C'étoit ſur la requête d'un Homme de Guerre; c'eſt-à-dire, d'un Jeune Homme agé de dix-huit ans, dont par conſéquent le jugement devoit être formé, & qui comme il ſemble, ne fondoit pas la demande qu'il faiſoit d'une reſtitution en entier, ſur une lézion conſidérable dans la vente de ſon bien, mais uniquement ſur l'incapacité de ſon âge. *Alexandre Sévére*, Prince pieux, qui ſemble s'être propoſé l'exemple d'*Hercule*, dont on a dit (d), qu'il ne jura qu'une fois en ſa vie; crut que le Contract de ce Jeune Homme, confirmé par Serment, ne devoit point être annullé. Pour la Conſtitution de l'Empereur *Frederic*, on prétend qu'elle (3) lui fut extorquée par le Pape *Honorius III.* qui ne vouloit pas ſans

(c) *Ubi ſuprà*, §. 16.

(d) *Plutarch.* Quæſt. Rom. XXVIII.

§. XI. (1) C'eſt-à-dire, ajoûte Mr. *Hertius*, ſuppoſé qu'on n'ait pas eu de bonnes raiſons de revoquer la parole qu'on avoit donnée avec ſerment à celui auquel on a ôté le Legs.

(2) Imp. Alex. A. Florentino Militi. *Si minor annis viginti quinque emptori prædii caviſti* nullam de cætero te eſſe controverſiam facturum, *idque etiam jurejurando corporaliter præſtito ſervare confirmaſti, neque perfidiæ, neque perjurii me auctorem* [*tibi*] *futurum ſperare debuiſti.* Nova Conſtitutio Friderici. *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inviolabiliter cuſtodiantur.* Cod. *Lib.* II. Tit. XXVIII. *Si adverſus venditionem.* Voyez ce que l'on a dit ſur Grotius, *Liv.* II. *Cap.* XIII. §. 20. *Note* 11. & Panzirolle, *De claris Legum Interpretib.* Lib. II. Cap. 14.

(3 Notre Auteur ſuit ici le ſentiment de Duaren, qui, tout Catholique Romain qu'il étoit, a avancé cette

ſans cela lui donner la Couronne Impériale, & que *Frideric* avoit même deſſein de changer cette Conſtitution ; mais la mort l'en empêcha. Ceux qui connoiſſent les intérêts & le myſtére de la Monarchie Papale, voyent bien pourquoi *Honorius* (4) preſſa ſi fort l'établiſſement d'une telle Loi. On dit qu'elle ne s'obſerve (e) point en *France.* Mais pour revenir à la queſtion générale, & pour en donner une ſolution claire & diſtincte, il faut remarquer d'abord, que les Conventions dans leſquelles il y a une inégalité ou une lézion conſidérable, & celles à quoi on a été ou engagé par quelque fraude, ou contraint par une crainte injuſte, comme auſſi celles qui ſe font ſans une connoiſſance ou une délibération ſuffiſante, ayant toutes un vice propre & intrinſéque ; le Droit de la Nature veut qu'elles ſoient ou annullées, ou reformées. Mais l'âge de Minorité, tel qu'il eſt fixé par les Loix, au-deſſous de vingt-cinq ans, n'a rien par lui-même qui rende un Engagement eſſentiellement défectueux. J'avoue, qu'à cauſe de l'imprudence ordinaire des Mineurs, & des piéges qu'on leur tend de divers endroits, on préſume aiſément qu'il y a eu quelque lézion à leur préjudice. Mais lorſqu'on n'y en voit point, rien n'oblige à annuller les Engagemens où ils ſont entrez. Cela poſé, je dis que, ſi une Promeſſe ou une Convention accompagnée de ſerment n'a d'ailleurs aucun autre vice, on ne peut point la reſcinder par cette ſeule raiſon que celui qui s'eſt engagé étoit Mineur, pourvû qu'il ait été en état de ſçavoir ce qu'il faiſoit. Mais s'il y a eu quelque fraude de la part de l'autre Contractant, ou même ſi, ſans aucune tromperie, le Mineur ſe trouve conſidérablement lézé, par un effet de l'ignorance & du peu de circonſpection qui eſt ordinaire aux perſonnes de ſon âge ; le Serment n'empêche pas alors qu'il ne puiſſe faire caſſer ou réformer le Contract. En effet, un Jeune Homme qui jure de tenir ce à quoi il s'engage, eſt cenſé ſuppoſer qu'il n'y ait point de vice dans le Contract, & l'autre Partie témoigne traiter avec lui ſur ce pié-là. Cette condition tacite étant donc renfermée dans le Serment, du moment qu'elle manque, le Serment tombe de lui-même. Autre choſe eſt, ſi ſans aucune friponnerie de la part de l'autre Contractant, le Jeune Homme, le ſçachant & le voulant, donne plus que ne vaut la choſe dont il s'agit : car alors il ſe fait un mélange de Contract intéreſſé, & de pure Donation.

(e) *Mornacius*, ſur cette Loi. Voyez auſſi *Augustinus Barboſa*, & *Groenewegen*, *de Leg. abrogatis*, ad d. Leg.

Enfin, il faut remarquer ici en général, que quiconque eſt ſous puiſſance d'autrui, ne ſauroit s'engager au-delà de ce qui lui eſt permis par ſon Supérieur (f). Toutes les fois qu'il paſſe ces bornes, ſoit que la Convention ſe faſſe ou non avec ſerment, le Supérieur peut, s'il le juge à propos, la déclarer & la rendre nulle.

(f) Voyez plus bas §. dernier.

Le Serment exclut toute chicane.

§. XII. Au reſte, le reſpect que chacun doit avoir pour la Majeſté Divine, à qui

cette penſée dans ſon Commentaire ſur le Titre du CODE, auquel eſt jointe l'*Authentique* dont il s'agit. Mais, comme l'a remarqué Mr. REINOLD, Profeſſeur à *Francfort* ſur l'*Oder*, ou celui qui ſoûtint ſous ſa Préſidence, une Diſſertation publiée en 1717. (*Ad L. I. C. Si adverſus Vendit.* §. 13.) on confond ici FRIDERIC I. autrement nommé *Barberouſſe*, avec FRIDERIC II. car il n'y a point eu de Pape *Honorius* ſous le premier de ces Empereurs, qui eſt l'Auteur de la Conſtitution ; ce qui détruit la raiſon pour laquelle on veut qu'il l'ait faite : au lieu qu'HONORIUS III. occupoit le Siége de *Rome* ſous FRIDERIC II. Ainſi notre Auteur a été trompé, pour avoir ſuivi ſans examen le Juriſconſulte François. En quoi il a tort ; mais il ne mérite pourtant pas la rude cenſure du Docteur Allemand, qui l'accuſe d'avoir voulu en impoſer aux Lecteurs (*fucum Lectori facere*).

(4) C'eſt qu'elle fourniſſoit aux Eccléſiaſtiques le moyen d'attrapper, ſous prétexte de Religion, les biens des Enfans en âge de puberté ; c'eſt-à-dire, des Garçons à quatorze ans, & des Filles à douze. Si ce n'eſt pas à la ſollicitation du Pape HONORIUS III. que FRIDERIC I. établit cette Loi, c'eſt du moins des principes du Droit Canonique, que le Juriſconſulte MARTIN avoit tiré ſon opinion, qu'il perſuada à l'Empereur de faire prévaloir dans le Barreau ſur le ſentiment contraire. C'eſt auſſi certainement l'uſage auquel on a rapporté ces principes, & autres, touchant le Serment, à la faveur duquel les Eccleſiaſtiques ſe ſont emparez, autant qu'ils ont pû, de la connoiſſance des Cauſes Civiles, pour arriver à leurs fins.

on en appelle, & qui ne peut être ni trompée, ni impunément mocquée, exclut (1) de l'interprétation des actes où le Serment intervient, toute chicane & toute vaine ſubtilité; car, comme le dit très-bien CICERON, (2) *la Fraude, bien-loin d'empêcher qu'on ne viole ſon ſerment, ne fait que rendre le parjure plus criminel.* Ainſi les Cenſeurs Romains condamnerent avec raiſon la mauvaiſe fineſſe de (a) ce Priſonnier, qui ayant juré de revenir dans le camp d'*Hannibal*, y rentra un moment après en être ſorti, ſous prétexte de prendre quelque choſe qu'il diſoit avoir oublié, & ſe croyant par-là quitte de ſon ſerment, reſta ſans ſcrupule à *Rome*. L'action de *Dercyllide* (b), Général des *Lacedémoniens*, eſt encore plus déteſtable. Il avoit démandé une entrevûë au Prince de la ville de *Scepſe*, lui jurant qu'il l'y laiſſeroit auſſi-tôt rentrer. Mais le Prince ne fut pas plûtôt ſorti, qu'il le menaça de le tuer s'il ne lui ouvroit les portes; & cela étant fait, il lui dit: *Je vous renvoye préſentement dans la Ville, comme je l'avois juré; mais j'y entrerai en même tems avec mes troupes.* On a raiſon auſſi de blâmer la ſupercherie (c) de ces Marchands, qui, fondez ſur le Proverbe: *Marchand qui ne gagne, perd*, jurent hardiment qu'ils perdroient s'ils donnoient leurs marchandiſes à un certain prix. Voici encore quelques autres exemples ſemblables. Le Comte de *Fontaine* avoit juré *de* (d) *ne point ſervir contre les François, ni à pié, ni à cheval.* Pour ne pas ſe parjurer, à la bataille de *Rocroi*, il ſe fit porter en chaiſe. Le Pape *Alexandre VII.* jura, à l'entrée (e) de ſon Pontificat, *de ne point recevoir ſes parens à Rome.* Mais voici de quelle maniere il éluda ce ſerment, par les bons avis des *Jéſuites.* Il alla recevoir ſes parens à *Caſtel Gandolfe*, après quoi il les mena à *Rome.* Les (f) Commis de la *Compagnie des Indes Orientales*, jurent, en partant de *Hollande*, de ne faire dans ce Païs-là aucun commerce en leur particulier, & de ſe contenter de leurs gages. Cependant, lorſqu'ils ſont arrivez dans les *Indes*, pluſieurs s'y marient, & trafiquent ſous le nom de leurs Femmes. *Aryande*, Gouverneur d'*Egypte*, (g) aſſiégeant la ville de *Barcé*, fit faire de nuit une Foſſe, que l'on couvrit de planches ſur leſquelles on jetta de la terre, enſorte qu'il ne paroiſſoit point de creux. Le lendemain il jura, ſe tenant ſur cette Foſſe, aux Deputez de la Ville qui étoient venus pour traiter avec lui: *Que tant que la terre qui le portoit ſeroit ferme, il tiendroit ce dont ils étoient convenus enſemble.* Les *Barcéens* ſe repoſerent là-deſſus, & ouvrirent les portes de leur Ville à *Aryande*. Mais lui ayant fait ôter les planches & la terre qui cachoient la Foſſe, s'empara de la Ville & crut être ainſi quitte de ſon ſerment. (h) Si de deux Scélérats, qui agiſſent de concert, l'un vole une choſe & l'autre la recéle, & qu'après cela le dernier jure qu'il ne l'a pas volée, & le premier qu'il ne l'a pas recélée; ils ne laiſſent pas de ſe parjurer tous deux. C'eſt auſſi une chicane groſſiere que celle de *Solyman*, qui ayant juré à *Ibrahim* ſon Viſir, de ne pas le faire mourir tant que lui (3) Viſir ſeroit en vie, le fit égorger pendant qu'il dormoit, comme ſi ceux qui dorment ne pouvoient pas être mis au nombre des Vivans. Les Anciens, au contraire, ont loué avec raiſon la fermeté inébranlable de *Metellus le Numidique* (i), qui refuſa de donner ſon ſuffrage, avec ſerment, à une Loi d'*Appuleius Saturninus*; quoique le Conſul *Marius* & les autres Sénateurs lui repréſentaſſent: Que pour le bien de la République

(a) *Cicer. de Offic.* L. III. C. XXXII. & *Aul. Gellius*, L. VII. Cap. XVIII.

(b) *Polyæn. Strategem.* Lib. II. Cap. VI. Voyez l'exemple des *Locriens*, & celui de *Rhadamiſte*, rapportez ci-deſſous, Liv. V. Chap. XII. §. 3, 7.

(c) Voyez *Henri Etienne, Preparation à l'Apologie pour Herodote*, Chap. XVI.

(d) *Benjam. Priol.* Hiſtor. Gall. *Lib. II. Cap.* 4.

(e) Voyez l'Auteur du *Népotiſme*, Part. I. Lib. III. pag. 318, 319. de l'Orig. Italien, *Edit. de* 1667.

(f) Voyez les *Voyages de Tavernier*, Part. II. Chap. XIV.

(g) *Polyæn. Strateg.* Lib. VII. Cap. XXXIV. Voyez là-deſſus la Note de *Pancrace Maaſvvic.*

(h) Voyez un autre exemple, *Ælian. Var. Hiſtor.* Lib. XII. C. VIII.

(i) *Appian. De Bello Civil.* Lib. I. pag. 568. *Edit. H. Steph.* & *Plutarch. in Mario.*

§. XII. (1) Le Serment ne fait que rendre la chicane plus criminelle: mais du reſte, tout acte fait ſans ſerment, exclut auſſi-bien les vaines ſubtilitez. Voyez ce que je dirai ſur le paragraphe ſuivant.

(2) *Fraus enim adſtringit, non diſſolvit perjurium.* CICER. *de Offic.* Lib. III. Cap. XXXII.

(3) *Numquam ei vivo vitam erepturum*, dit PAUL JOVE, de qui apparemment nôtre Auteur a tiré ceci. L'Hiſtorien ajoûte, que ce fut le Moufti *Taliſman*, qui ſuggera à l'Empereur cette ridicule & perfide interpretation, *Hiſt.* Lib. XXXIII. Tout à la fin.

on pouvoit fort bien jurer dans les circonſtances où l'on ſe trouvoit alors, avec cette reſtriction tacite, que l'on approuvoit la Loi, ſuppoſé qu'elle fût une véritable Loi; c'eſt-à-dire, qu'elle eût été établie dans les formes. Or, diſoient-ils, il ſera aiſé de montrer qu'elle eſt nulle, puiſqu'elle a été propoſée pendant qu'il tonne; car en ce cas-là tout ce que l'on avoit conclu avec le Peuple étoit ſans effet. Nonobſtant ces raiſons ſpécieuſes, *Metellus* aima mieux aller en exil que d'avoir recours à de pareilles ſubtilitez; parceque, quand on approuvoit une Loi avec ſerment, on donnoit par cela même à entendre que l'on en tenoit la propoſition pour duëment & légitimement faite. Mais c'étoit un vain ſcrupule que celui de (k) *Lycurgue*, qui ordonna qu'on jettât ſes cendres dans la Mer, de-peur que ſi elles étoient un jour rapportées à *Sparte*, les *Lacédémoniens* ne ſe cruſſent quittes du ſerment qu'ils lui avoient fait d'obſerver ſes Loix juſqu'à ſon retour; car on ne regarde pas, à proprement parler, comme revenu dans un Païs, un homme dont le ſeul cadavre y retourne.

(k) *Plutarch. in ejus Vita*, in fin. *Juſtin.* Lib. III. Cap. III.

Il ne faut pourtant pas expliquer toûjours à la derniere rigueur les paroles du Serment.

§. XIII. Il ne faut pourtant pas toûjours donner aux paroles du Serment un ſens auſſi étendu qu'elles peuvent le recevoir: mais on doit quelquefois le reſtreindre, lorſque la nature même de la choſe le demande (1); comme, par exemple, ſi le Serment a été fait par un principe de haine ou d'animoſité, & ſi ce à quoi on le joint n'eſt pas tant une Promeſſe, qu'une Menace, qui par elle-même ne donne droit à perſonne. On allégue là-deſſus (a) l'exemple des *Iſraëlites* (b) qui ayant juré de ne donner aucune de leurs Filles en mariage à ceux de la Tribu de *Benjamin*, leur conſeillerent enſuite d'enlever celles qu'ils trouveroient à la Fête de *Silo*, & intercéderent même après cela pour les Raviſſeurs auprès des Parens des Filles enlevées; car autre choſe eſt de donner, & autre choſe de ne pas redemander ce qu'on nous a pris (2).

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 5.

(b) *Juges*, Chap. XXI. Voyez *Joſeph. Antiq. Jud.* Lib. V, Cap II. §. 12 *Edit. Hudſon.* & *Ambroſ. Offic.* Lib. III. Cap. XIV.

§. XIII. (1) Il eſt certain, que l'on doit reſtreindre le ſens des paroles du Serment, ſelon que la nature de la choſe le demande. Mais cela n'eſt pas particulier au Serment: les ſimples Promeſſes & les ſimples Conventions le demandent auſſi néceſſairement. Pour les exemples que nôtre Auteur allegue ici, ils ont la plûpart un air de ſubtilité ou criminelle, ou inutile & ſuperſtitieuſe. Il ne ſuffit pas de donner aux paroles du Serment un ſens dont elles ſont ſuſceptibles à la derniere rigueur: il faut voir encore ſi dans les circonſtances où elles ont été prononcées, ce ſens convenoit ou pouvoit être cenſé convenir à l'intention & de celui qui juroit, & de celui qui faiſoit jurer. Si cela n'eſt pas, & que le ſens, auquel on a pris les termes du Serment, ne renferme rien qui le rende nul; on ne ſçauroit ſans parjure ſe ſauver à la faveur d'un autre ſens auquel on n'avoit point penſé en jurant. Mais ſi, en ſuivant le ſens qu'on avoit en vûë lorſqu'on juroit, le Serment eſt nul de lui même: on n'a que faire de ſe prévaloir d'un autre ſens dont les paroles ſont ſuſceptibles, & l'on peut ſans ſcrupule ſe diſpenſer de tenir en aucune maniere un pareil ſerment. Voyez Mr. Titius, Obſerv. CCLXXIII. & les *Inſtitutiones Juriſprud. divin.* de Mr. Thomasius, Lib. II. Cap. IX. §. 50. *& ſeqq.* où l'on ſoûtient la même choſe contre nôtre Auteur. Je dirai quelque choſe, dans les Notes ſuivantes, ſur chaque exemple en particulier.

(2) Mais, comme l'a remarqué auſſi Mr. Vander Muelen, dans ſon Comment. ſur *Grotius*, Tom. II. page 472. ſi dans le tems que les *Iſraëlites* juroient, on leur eût demandé ce qu'ils entendoient par *ne pas donner leurs Filles en mariage*, auroient-ils pû dire ſincerement, qu'ils ne prétendoient pas pour cela empêcher qu'on ne les leur prît; moins encore que ſans préjudice de leur Serment, il leur ſeroit libre de conſeiller à ceux de *Benjamin* d'avoir recours à un tel expédient, & d'interceder enſuite pour eux auprès des Peres des Filles enlevées? Ajoûtons, que ces ſortes de Sermens, qui ne donnent aucun droit à perſonne, ſont, à proprement parler, des Vœux. Or quelle aſſurance a-t-on que Dieu les accepte? Et ne doit-on pas au contraire préſumer qu'il les rejette, lorſqu'ils partent uniquement d'un principe de haine ou d'animoſité? En un mot, tous les *Sermens Comminatoires* ont deux caracteres eſſentiels, qui les rendent nuls. Le premier eſt, que, bien-loin qu'il y ait aucune acceptation de la part de celui en punition duquel on a juré de faire ou de ne pas faire une certaine choſe, il ſouhaite au contraire qu'on lui manque de parole. L'autre, que ces ſortes de Sermens ſont toûjours faits à la légére & ſans une pleine délibération; car ou ils ont pour principe une haine pouſſée quelquefois juſqu'à la fureur, ou ils partent d'un mouvement de colére qui fait qu'on menace avec ſerment des gens contre qui on n'eſt irrité que parcequ'on les aime, & qu'on eſt fâché de leur voir commettre des choſes qui excitent toute nôtre indignation. Ainſi, en tous ces cas-là on doit demander pardon à Dieu & des mouvemens inconſiderez auſquels on s'eſt laiſſé emporter, & de la temerité qu'on a euë d'y faire intervenir la ſainteté de ſon nom, comme s'il devoit ſervir à autoriſer nos paſſions & nos foibleſſes. Mais on n'eſt nullement obligé à tenir de tels ſermens, & le plus ſouvent même on pécheroit doublement en exécutant à la rigueur les menaces.

Outre qu'il y auroit eu de (3) la cruauté à laiſſer éteindre une Tribu entiere pour un ſeul crime, quelque énorme qu'il fût, & peut-être même que les *Iſraëlites* avoient tacitement excepté ce cas-là dans leur ſerment précipité. C'eſt ainſi (c) qu'*Athanaric*, Juge Souverain des *Goths*, donna une interprétation favorable au ſerment que ſon Pere lui avoit fait faire, de ne mettre jamais le pié ſur les terres des *Romains*. Il s'agiſſoit de traiter de la paix avec l'Empereur *Valens*, à qui il avoit fait quelque tems la guerre. Comme il fallut convenir d'un lieu pour s'aboucher avec l'Empereur, qui auroit cru s'abbaiſſer & ravaler la dignité de l'Empire s'il fût allé trouver le Prince des *Goths*, on prit un milieu pour accorder le ſerment d'*Athanaric* avec la dignité de *Valens* : c'eſt qu'on mit ſur le *Danube* des Batteaux, où l'Empereur d'un côté, & le Chef der *Goths* de l'autre, vinrent conclure la paix (4). Voici encore d'autres exemples. Les (d) *Romains* ayant envoyé des Ambaſſadeurs aux *Achéens*, pour leur demander la révocation de certaines délibérations qu'ils avoient priſes au ſujet des *Lacédémoniens*, les *Achéens* s'en excuſoient ſur le ſerment qu'ils avoient fait de n'y point toucher. *Appius*, Chef de l'Ambaſſade, dit là-deſſus, qu'il conſeilloit fort aux *Achéens* d'obliger le Peuple Romain, pendant qu'ils le pouvoient, en lui accordant de bonne grace ce qu'il ſouhaitoit, de-peur qu'ils n'y fuſſent forcez dans la ſuite. Les *Achéens* intimidez, prierent alors les Ambaſſadeurs de faire enſorte que le Peuple Romain changeât ce qu'il jugeroit à propos dans leur délibération, & que par-là il leur épargnât la dure néceſſité de revoquer eux-mêmes ce qu'ils avoient réſolu & confirmé par ſerment. C'eſt qu'ils croyoient qu'il y avoit de la différence (5) entre annuller ſoi-même une délibération que l'on a priſe, & ſe réſoudre, dans la crainte de quelque fâcheuſe ſuite, à ſouffrir, ſans réſiſtance, qu'un autre plus puiſſant caſſe cette délibération. Dans l'*Hécube* d'Euripide (e) *Agamemnon* refuſe d'abord de punir *Polymneſtor*, Roi de *Thrace*, parcequ'il étoit ami des *Grecs*. (6) Cependant il permet enſuite à *Hécube* de ſe venger elle-même de ce Prince perfide, qui avoit fait aſſaſſiner *Polydore*. La Ville de *Tyane* n'ayant pas voulu ouvrir ſes portes à *Aurelien* (f), cet Empereur jura tout en colere de n'y pas laiſſer un Chien en vie. Mais après s'être rendu maître de cette Ville, il ſe contenta (7) d'en faire tuer tous les Chiens. *Alexandre le Grand* (g) marchant contre la ville de *Lampſaque*, & voyant venir au-devant de lui, comme il en approchoit, *Anaximéne*,

(c) *Ammian. Marcellin.* Lib. XXVII. Cap. V. in fin. *Edit. Valeſ.*

(d) *Tit. Livius*, Lib. XXXIX. Cap. XXXVII.

(e) Verſ. 850, & *ſeqq.* Voyez un exemple ſemblable dans *Polyb.* Excerpt. Leg. VIII. *circa finem.*

(f) *Fluv. Vopiſc. in Aurelian.* Cap. XXII.

(g) *Valer. Maxim.* Lib. VII. Cap. III. §. 4. *extern.*

(3) Mr. La Placette ſoûtient, dans ſon *Traité du Serment*, Liv. II. Chap. IX. qu'il eſt impoſſible de prouver *tant ſoit peu ſolidement que ce Serment fût mauvais. Il y avoit*, dit-il, *de la ſeverité dans ce traitement qu'on fit à la Tribu de* Benjamin : *mais il faut reconnoître auſſi qu'elle l'avoit méritée.* Cette Déciſion aſſurément n'eſt pas relâchée, ſi l'on conſidére la nature de la choſe décidée ; car elle autoriſe une action bien dure, ou plûtôt extrémement cruelle. Mais pour ce qui eſt de la déciſion en elle-même, il me ſemble que la qualifier ſimplement de *relâchée*, c'eſt encore un terme bien doux. Il n'eſt pas néceſſaire de s'arrêter à le prouver. Je renvoye le Lecteur à l'Hiſtoire même, & à ce que dit là-deſſus Mr. Le Clerc, dans ſon Commentaire.

(4) Si la paix n'avoit pû ſe conclure ſans qu'*Athanaric* ſe fût transporté ſur les terres des *Romains*, il étoit alors déchargé de ſon Serment, par cela ſeul que les cas de néceſſité ſont toûjours tacitement exceptez.

(5) Il faut dire la même choſe dans cet exemple que dans le précédent. D'ailleurs, toutes les Déliberations publiques peuvent être revoquées lorſque cela eſt néceſſaire pour le bien de l'Etat, n'y en ayant aucune où cette condition ne ſoit tacitement renfermée.

(6) Dans cet exemple il n'y a point de Serment, & l'explication des paroles d'*Agamemnon* ne ſe fait pas après coup.

(7) C'eſt une maniere burleſque de tenir ſon Serment. Les *Hébreux* ont une expreſſion proverbiale toute ſemblable à celle dont ſe ſervit *Aurélien*, laquelle ne ſignifie autre choſe que faire tout paſſer au fil de l'épée, entendant cela des Hommes, & non pas des Animaux ; quoique les termes, pris à la lettre, regardent proprement les Chiens. Voyez *I.* Samuel, XXV, 22. & ce que Mr. Le Clerc dit là-deſſus contre Bochart. La verité eſt que le Serment de cet Empereur étoit nul. Voyez ce que j'ai dit dans la *Note* 2. Par la même raiſon celui d'*Alexandre* l'auroit été, quand même *Anaximéne* lui auroit demandé le contraire de ce dont il le pria.

qui avoit été ſon Précepteur, jura de ne point faire ce que celui-ci lui demanderoit. L'Orateur ayant ſçu cela, pria ſon Diſciple de détruire *Lampſaque*. *Alexandre* adouci par ce tour ingénieux, tint ſon ſerment à la lettre, & conſerva cette Ville dont il avoit réſolu la perte. *Etéarque* (h) Roi de la ville d'*Oaxe* dans l'Ile de *Crete*, étant prévenu par ſa Femme contre une Fille qu'il avoit d'un premier lit, fit promettre avec ſerment à un Marchand de l'Iſle de *There*, de lui rendre un ſervice, quel que ce fût qu'il lui demandât. Le Marchand ayant juré de ne lui rien refuſer, *Etéarque* lui remit ſa Fille, le priant de la jetter dans la Mer (8). *Thémiſon* (c'étoit le nom du Marchand) la plongea effectivement dans la Mer; mais il l'en retira auſſi-tôt, par le moyen des cordes auſquelles il l'avoit attachée, & la remena chez lui. *Antigonus*, ſur un ſonge (i) qu'il avoit fait, réſolut de tuer *Mithridate*, Jeune Homme deſcendu des Rois de *Perſe*, & qui fonda enſuite le Royaume du *Pont*. Il découvrit ce deſſein à ſon fils *Démétrius*, depuis ſurnommé *Poliorcete*, le faiſant jurer de n'en rien dire à perſonne. *Démétrius*, pour ſauver cette perſonne innocente ſans manquer à ſon ſerment, mena *Mithridate* en un lieu à l'écart, & ne lui parlant de rien (9), ſe contenta d'écrire ſur la poudre avec le bout d'une Pique : *Fuyez, Mithridate.* Lorſque *Jules Céſar* (k) fut pris par des Corſaires, il jura de les faire mettre en croix, s'il les attrapoit jamais. Cependant, comme il étoit naturellement fort doux & fort clément, quand il ſe fut ſaiſi d'eux, (10) il ordonna qu'on les égorgeât, & qu'enſuite on les mît en croix. Le Roi *David* ayant juré (l) à *Seméi* de lui donner la vie, ne laiſſa pas de recommander en mourant à *Salomon* ſon Fils (m), de ne point oublier les outrages ſanglans qu'il avoit reçus de ce méchant homme, & de faire en ſorte qu'il finît ſes jours par une mort violente. En effet, *David* ne s'étoit engagé que pour lui ſeul à ne pas faire mourir *Seméi*. D'ailleurs, il ne dit pas proprement à *Salomon* de punir ce Scélérat à cauſe du crime paſſé; mais ſeulement de le bien obſerver, &, au cas qu'il fît quelque autre méchante action, de ne pas lui pardonner. *Vous êtes ſage*, lui diſoit-il, *vous verrez ce que vous aurez à faire.* Auſſi *Salomon* agit-il prudemment (n), d'ordonner à *Seméi*, ſur peine de la vie, de ne point ſortir de *Jéruſalem*, pour avoir toûjours ſous ces yeux cet eſprit turbulent & dangereux, qui autrement n'auroit pas manqué de remuer : condition à laquelle *Seméi* lui-même ſe ſoûmit. Mais, par un effet de la Providence divine, *Seméi* ayant violé les ordres de *Salomon*, fut puni en même tems du crime préſent, & du paſſé. On pourroit peut-être rapporter ici la maniere dont *Marie*, Reine de *Hongrie*, & Femme de l'Empereur *Sigiſmond*, punit *Horvate*, Gouverneur de *Croatie*, qui après l'avoir priſe

(h) *Herodot.* Lib. IV. Cap. CLIV.

(i) Voyez *Appian. de Bell. Mithridat.* p. 176. *Edit. H. Steph.* & *Plutarch. in Demetrio*, pag. 890.

(k) *Sueton. in ejus Vita*, Cap. LXXIV.

(l) II. *Samuel*, *XIX*, 23. Voyez un exemple approchant, dans les *Eſſais de Montagne*, Liv. I. Chap. VII.

(m) I. *Rois*, *II*, 9.

(n) Verſ. 36. & *ſuiv.*

(8) Comme la propoſition d'*Etéarque* étoit criminelle, il eſt clair que le Serment de *Themiſon* étoit nul, & que non ſeulement il ne devoit pas le tenir dans le ſens auquel le Tyran en avoit pris les paroles; mais que même il eut tort de plonger la Fille dans la Mer, quoiqu'il voulût enſuite l'en retirer; puiſqu'il n'étoit pas aſſuré ſi les cordes ne romproient point, & s'il ne feroit pas du mal à cette pauvre Fille en la plongeant dans la Mer.

(9) Cet expédient étoit ſuperflu, & n'auroit pas empêché *Démetrius* de ſe parjurer, ſi ſon ſerment eût été valide. Mais chacun eſt indiſpenſablement obligé de détourner autant qu'il lui eſt poſſible, de deſſus la tête des autres, le mal qui les menace injuſtement. Ainſi *Démétrius* pouvoit, ſans détour, avertir *Mithridate* du péril où il étoit. Tout ce qu'a dit Mr. DE SACY, dans ſon *Traité de l'Amitié*, page 110, & ſuiv. *Edit. de Holl.* ſur la queſtion, ſi l'on peut violer ſon ſerment pour révéler à un Ami un ſecret de telle nature, qu'il y va de ſa vie ſi on le lui cache; tout ce, dis-je, qu'a dit là-deſſus cet ingénieux Auteur, en prenant le parti de la négative, eſt nul & de nulle force. Les raiſons qu'il allégue lui-même en faveur de l'affirmative, ſuffiſent pour montrer que la déciſion eſt extrêmement outrée.

(10) Si *Jules Céſar* l'eût jugé à propos pour de bonnes raiſons, il auroit pû auſſi-bien relâcher la peine, que l'adoucir par une interprétation à quoi il n'avoit nullement penſé lorſqu'il juroit. Voyez ce que j'ai dit ſur les Sermens Comminatoires, dans la Note 2. de ce paragraphe.

(o) *Boniſinius, de rebus Hungar.* Lib. III. Cap. II.

(p) *Polyæn. Strateg.* Lib. V. Cap. XII. num. 3. *Edit. Maaſvie.*

& maltraitée, l'avoit fait jurer de lui ſauver la vie (o); car quand elle fut en liberté, (11) elle ſollicita ſon Mari à tirer vengeance de cet affront, prétendant qu'elle n'avoit juré que pour elle. Je ne ſçai ſi l'on doit encore rapporter ici un ſtratagême de *Timoleon*, Général des *Corinthiens* (p). Ce grand Capitaine ayant attaqué *Mamercus*, Tyran de *Catane*, qui trompoit & tuoit ſans ſcrupule tous ceux qui tomboient entre ſes mains, malgré la foi donnée avec ſerment; celui-ci fit ſemblant de vouloir ſe ſoumettre au jugement des *Syracuſains*, pourvû qu'il n'eût pas *Timoleon* pour accuſateur. *Timoleon* jura de ne point l'accuſer. Là-deſſus *Mamercus* vint à *Syracuſe*. Comme il fut devant l'aſſemblée du Peuple, *Timoleon* dit tout haut: *Je ne viens pas ici, Meſſieurs, pour accuſer ce Tyran, j'ai promis de ne pas le faire; mais j'ordonne qu'on le tuë tout-à-l'heure; car il eſt juſte que celui qui a trompé tant de gens, ſoit une fois trompé lui-même d'une ſemblable maniere.* Mais je ne ſaurois approuver la ruſe de cet Eſclave, qui dit à une ſervante, dans l'*Andrienne* de Terence (q): *Tien, prens-moi bien vite cet Enfant, & le va mettre devant nôtre porte. Pourquoi*, répond-elle, *ne le fais-tu pas toi-même? C'eſt*, dit-il, *afin que, ſi par hazard il arrive que je ſois obligé de jurer à nôtre bon-homme que ce n'eſt pas moi qui l'ai mis là, je le puiſſe faire en conſcience.* C'eſt-là, à mon avis, une vaine ſubtilité; car autant valoit-il mettre là cet Enfant, que de l'y faire mettre par une autre perſonne.

(q) *Andr.* Act. IV. Scen. III. verſ. 3. *& ſeqq.* J'ai ſuivi la verſion de Madame *Dacier.*

Le Serment n'exclut point les conditions & les reſtrictions tacites.

§. XIV. Le Serment n'exclut pas non-plus les *conditions* & les *reſtrictions tacites* qui ſuivent de la nature même de la choſe. Si l'on a juré à quelqu'un, par exemple, de lui accorder tout ce qu'il ſouhaiteroit, & que là-deſſus il nous demande des choſes injuſtes ou abſurdes, on n'eſt point obligé de tenir un tel ſerment. Car quand on fait une Promeſſe illimitée, comme celle-là, on ſuppoſe que celui en faveur de qui l'on s'engage demandera des choſes honnêtes, ou moralement poſſibles, & non pas des choſes extravagantes, ni qui doivent être pernicieuſes ou à lui-même, ou à d'autres (1). C'eſt à cette occaſion que fut prononcé ce celebre mot d'*Hippolyte*: (2) *J'ai juré de la langue, mais non pas du cœur;* car il avoit promis avec ſerment à la Nourrice de *Phédre*, de ne point reveler ce qu'elle lui découvriroit. Mais ayant entendu les propoſitions qu'elle lui faiſoit de commettre un adultere & un inceſte tout enſemble avec ſa Belle-mere, il déclara alors que ce ſerment ne lui impoſoit pas la néceſſité de taire un crime ſi énorme (a); quoiqu'*Euripide* répréſente enſuite *Hippolyte* gardant là-deſſus un ſilence inviolable, à cauſe de ſon ſerment. C'eſt ainſi que *Nicomachus* (3) ayant juré de garder le ſecret ſur une affaire qu'on vouloit lui communiquer, dès qu'il apprit qu'il s'agiſſoit d'une conſpiration contre la per-

(a) Voyez *Diodor. Sicul.* Lib. IV. Cap. LXV. & un paſſage de *Ciceron*, cité ci-deſſus, Liv. III. Ch. V. §. 9. Note 8.

(11) C'eſt tout un de faire ſoi-même une choſe, ou de ſolliciter un autre à la faire. Mais le ſerment de cette Princeſſe étoit nul, parcequ'il avoit été extorqué par une crainte injuſte; ainſi elle pouvoit par elle-même punir l'outrage ſanglant qu'elle avoit reçu d'*Horvate*.

§. XIV. (1) Nôtre Auteur citoit ici un paſſage des *Métamorphoſes* d'Ovide, qui bien-loin d'établir ce qu'il avance, eſt directement contraire à ſes principes. C'eſt ce que *Phébus* dit à ſon fils *Phaëthon*, lorſque ce jeune téméraire perſiſtoit dans la folle envie de mener pour un jour le Char du Soleil.

*Ne dubita, dabitur (Stygias juravimus undas)*
*Quodcunque optaris: ſed tu ſapientiùs opta.*
Lib. II. verſ. 101, 102.

» N'en doute point, je te donnerai tout ce que tu » ſouhaites: je l'ai juré par le fleuve du *Styx*. Mais, » ſi tu m'en crois, tu formeras des ſouhaits plus rai» ſonnables «. On voit bien que *Phebus* ſuppoſe ici (& la ſuite de l'Hiſtoire le montre aſſez) qu'un Serment fait par les Eaux du *Styx* eſt inviolable, quoique l'accompliſſement en doive être funeſte à celui-là même en faveur de qui il a été fait: ce qui eſt contraire & à la Raiſon, & au Syſtême de nôtre Auteur.

(2) Ἡ γλῶσσ᾽ ὀμώμοχ᾽, ἡ δὲ φρὴν ἀνώμοτος.
Eurip. *in Hippol.* verſ. 612.

Ce que Ciceron a traduit: *Juravi lingua, mentem injuratam gero.* De Offic. *Lib.* III. *Cap.* XXIX.

(3) *Quibus juvenis* [Nicomachus] *auditis, ſe vero fidem in parricidio dediſſe conſtanter abnuit, nec ulla religione, ut ſcelus tegat, poſſe conſtringi.* Quint. Curt. *Lib.* VI. Cap. VII. num. 7. J'ai ſuivi la Verſion de Vaugelas.

ſonne d'*Alexandre le Grand, il proteſta qu'il n'avoit point donné ſa foi pour un parricide, & qu'il ne croyoit pas qu'il y eût aucun ſerment qui l'obligeât à celer un crime ſi déteſtable.* En effet, tout Citoyen eſt tenu de découvrir les entrepriſes qu'il apprend qui ſe forment ou contre la perſonne du Prince, ou contre l'Etat. Le Roi *Hérode* ne devoit pas non-plus donner la tête de *Jean-Baptiſte* (b) à ſa Belle-fille; car quoiqu'en conſidération du plaiſir qu'il avoit pris à la voir danſer, il eût promis avec ſerment de ne lui rien refuſer de ce qu'elle lui demanderoit, cette promeſſe generale devoit être entenduë en ſuppoſant que *Salomé* ne demandât rien qui ne pût être innocemment executé. Par la même raiſon, le Roi *Salomon* (c) n'étoit pas obligé d'accorder à ſa Mere la demande (4) qu'elle lui fit d'une choſe qui tournoit au préjudice de ſa Couronne. On (d) raconte, que *Xerxès* ſe diſpoſant à une nouvelle expédition contre la *Grece*, pria *Thémiſtocle* de prendre le commandement de ſes Armées dans cette Guerre. *Thémiſtocle* y conſentit, à condition que le Roi lui promettroit avec ſerment, qu'il n'attaqueroit point les *Grecs* ſans lui. Lorſque *Xerxès* eût juré, & qu'on eût immolé un Taureau, ſelon la coûtume, *Thémiſtocle* avala une Coupe pleine de ſang de ce Taureau, & expira ſur le champ. Par ce moyen il détourna le Roi de *Perſe* de ſon deſſein. Mais ſi ce Prince avoit d'ailleurs de juſtes raiſons de faire la Guerre aux *Grecs*, je ne vois pas qu'un pareil ſerment dût l'arrêter; puiſqu'il avoit ſuppoſé ſans doute que *Thémiſtocle* fût en vie; comme s'il eût dit que, tant que *Thémiſtocle* vivroit, il n'entreprendroit rien contre les *Grecs* ſans ſon conſeil. Deſorte que, *Thémiſtocle* étant mort, le ſerment de *Xerxès* perdoit dès-lors toute ſa force. (5)

(b) *Matth.* XIV, 6. *& ſuiv.*

(c) I. *Rois* II, 20. *& ſuiv.*

(d) *Diodor. Sicul.* Lib. XI. Cap. LVIII. pag. 44. A. *Edit. Rhodom.*

*Les paroles du Serment doivent être entendues au ſens que les prend celui qui le défere.*

§. XV. QUOIQUE le Serment, ainſi que nous l'avons dit, ſoit toûjours cenſé conforme à la Religion de celui qui jure; cependant, *comme il ſe fait ſurtout en faveur de celui qui le défere, les paroles dans leſquelles il eſt conçu, priſes toutes enſemble, doivent être expliquées dans le ſens que celui-ci a témoigné les entendre* (a). C'eſt auſſi à lui à preſcrire la formule du Serment, en termes auſſi clairs qu'il eſt poſſible, déclarant ſans équivoque de quelle maniere il les entend: comme, d'autre côté, celui qui jure doit acquieſcer à ce ſens bien compris, & l'exprimer ſi clairement, qu'il ne puiſſe l'éluder par aucune vaine ſubtilité (b). Parmi les *Romains*, quand on déferoit le Serment à quelqu'un, on lui diſoit de jurer (c) *en ſa conſcience*. Ce qui ne ſignifioit pas, que la validité du Serment dépendît de l'intention de celui qui juroit; mais on exigeoit par-là de lui, qu'il agît (1) ſérieuſement & ſans tromperie. *Toutes*

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIII. §. 3. num. 2.

(b) Voyez *Tacit. Hiſt.* Lib. IV. Cap. XLI. num. 2. *Edit. Rycq. Dictys Cretenſ.* Lib. V. Cap. X.

(c) *Ex animi tui ſententia.*

(4) Ce n'étoit pas avec ſerment qu'il lui avoit promis. *Salomon* ne jura que quand, après avoir refuſé à ſa Mere, il déclara au contraire que cela coûteroit la vie à *Adonija*, de la part de qui *Bathſeba* venoit faire la demande. Il eſt même bien difficile d'excuſer la rigueur de ce Prince contre un Frére dont il pouvoit prévenir les mauvais deſſeins d'une autre maniere. Voyez Mr. LE CLERC ſur *I. Rois*, II, 24.

(5) Les Juriſconſultes Romains diſent, que ſi l'on a promis avec Serment de comparoitre en Juſtice, & qu'on y manque pour quelque raiſon légitime, on ne ſe parjure point. *Qui jurato promiſit* judicio ſiſti, *non videtur pejeraſſe, ſi ex conceſſa cauſa hoc deſeruerit.* DIGEST. *Lib.* II. *Tit.* VIII. *Qui ſatiſdare cogantur*, &c. Leg. ult. Nôtre Auteur critiquoit ici la réfléxion que fait HOMERE ſur le ſerment d'*Hector*, par lequel ce Héros Troyen avoit promis à *Dolon* de lui donner les Chevaux & le Char d'*Achille*: καὶ ῥ' ἐπίορκον ἀπώμοσε, *il ſe parjura*, dit le Poëte; ILIAD. Lib. X. verſ. 332. Mais, dit notre Auteur, *Hector* n'avoit juré que ſous cette condition tacite, *ſi nous prenons ces Chevaux & ce Char; & ſi vous revenez du combat ſain & ſauf.* A moins qu'on n'entende ici par le mot de *parjure*, ἐπίορκος, un ſerment qui n'a pas ſon effet. Je vois que Madame DACIER l'a ainſi entendu; car elle traduit: *il jura ainſi, & jura en vain.* Tome II. page 152. *Edit. de Holl.* Cet endroit méritoit bien une Note, pour le moins autant qu'un grand nombre d'autres.

§. XV. (1) Cela paroît, ajoûtoit notre Auteur, par cette formule des Cenſeurs: *Ex animi tui ſententia habes uxorem?* „ Eſt-il bien vrai que vous êtes marié? Dites-le en conſcience „. Surquoi un Chevalier Romain ayant répondu, par une plaiſanterie hors de ſaiſon: *Ex mei, non ex tui animi ſententia*; faiſant alluſion à l'équivoque de ces termes, *ex animi ſen-*

*les fois*, dit Ciceron (2), *que le ſerment a été fait de telle ſorte, que celui à qui l'on a juré a pû s'attendre qu'on l'executeroit, il faut le tenir. Hors de là on n'y eſt point obligé, & l'on peut y manquer ſans ſe rendre coupable de parjure*; c'eſt-à-dire, ſi l'on n'a pas bien compris la penſée de celui qui nous a fait jurer, & que l'on ait eu dans l'Eſprit autre choſe que lui; on ne ſe parjure pas, en manquant à un tel ſerment. Car la penſée de celui à qui l'on a juré étant différente de la nôtre, il eſt cenſé n'avoir point accepté les offres qu'on lui faiſoit par ce ſerment: or une promeſſe n'oblige point, ſi elle n'eſt acceptée. *Ce n'eſt pas ſe parjurer*, ajoûte Ciceron, *que de jurer une choſe fauſſe;* c'eſt-à-dire, d'affirmer par erreur, avec ſerment, quelque choſe qui ſe trouve autrement qu'on ne penſe: *mais le Parjure conſiſte à ne pas tenir ce que l'on a juré en ſa conſcience, ſelon ce que porte la formule ordinaire dont on ſe ſert parmi nous.*

Des *Sermens faits au nom d'une perſonne abſente.*

§. XVI. Quelques Auteurs Modernes diſputent, *ſi l'on peut prêter ſerment au nom & en* (1) *la place d'une perſonne abſente, de telle ſorte qu'elle ſoit liée par-là?* Voici ce que je penſe là-deſſus. Comme l'on peut contracter quelque Obligation par

*tentia*, qui ſignifient auſſi, *à notre gré, à notre fantaiſie;* il en fut châtié par les *Cenſeurs.* L'Auteur cite ce conte de mémoire, & il ne dit pas d'où il l'a tiré. C'eſt d'Aulu-Gelle, Lib. IV. Cap. XX. où celui dont il s'agit n'eſt point qualifié Chevalier Romain, mais homme de chicane. D'ailleurs, la derniere Edition de Mr. Gronovius, revuë ſur les Mſſ. rapporte differemment la plaiſanterie, enſorte qu'elle n'a rien d'offenſant pour le Cenſeur même; car celui qui raille ici hors de ſaiſon, dit ſeulement qu'il a bien une Femme, mais qu'elle n'eſt pas à ſon gré. UT. TU. EX. ANIMI. TUI. SENTENTIA. UXOREM. HABES. *Habeo equidem*, inquit, *uxorem, ſed non hercle ex animi mei ſententia.* Voyez Cicer. de Orat. *Lib.* II. *Cap.* LXIV. & Juste Lipse, Var. Lect. *Lib.* I. *Cap.* I. Au reſte, pour le dire en paſſant, un celebre Juriſconſulte avoit mal-à-propos conclu de ce paſſage d'*Aulu-Gelle*, que les Femmes étoient ſujettes aux réprimandes des Cenſeurs. Voyez la Diſſertation de Mr. Thomasius, *de Judicio ſeu Cenſura Morum*, Cap. II. §. 12. *& ſeqq.*

(2) *Quod enim ita juratum eſt, ut mens conciperet fieri oportere, id ſervandum eſt: quod aliter; id ſi non feceris, nullum eſt perjurium. . . . . Non enim falſum jurare, perjurare eſt: ſed quod ex animi tui ſententia juraris, ſicut verbis concipitur more noſtro, id non facere perjurium eſt.* De Offic. *Lib.* III. *Cap.* XXIX. Grotius, & notre Auteur ont ſuivi, dans les premieres paroles, les Editions ordinaires, qui portoient: *Ut mens* deferentis *conciperet fieri oportere.* Mais quand même les Manuſcrits reconnoitroient ce *deferentis*, ce qui n'eſt pas, comme Alde Manuce le témoigne; la ſuite du diſcours fait aſſez voir, ce me ſemble, que c'eſt une gloſe qui a été fourrée dans le texte par quelqu'un qui ne faiſoit guéres d'attention au raiſonnement de Ciceron. L'exemple qui ſe trouve dans les paroles ſuivantes que j'ai dit déja citées ailleurs (Liv. III. Chap. VI. §. 11. *Note* 12) & la maniere dont *Ciceron* raiſonne ſur cet exemple, ne permettent pas de douter qu'il ne s'agiſſe ici de celui qui jure, & non pas de celui qui défere le Serment. Un Corſaire s'attend ſans doute qu'on lui paye ce qu'on lui a promis avec ſerment; autrement à quoi bon feroit-il jurer? *Mens* eſt donc ici *mens jurantis*, & non pas *mens deferentis;* deſorte qu'il falloit traduire: *Toutes les fois qu'en jurant on a crû être obligé de tenir ſon ſerment*, (c'eſt-à-dire, qu'on l'a crû, ou qu'on a dû le croire) *il faut indiſpenſablement executer ce à quoi l'on s'eſt engagé; hors de là on n'y eſt point obligé, & l'on peut y manquer ſans ſe rendre coupable de parjure. . . . . Car ce n'eſt pas toûjours ſe parjurer, que de jurer une choſe fauſſe;* (c'eſt-à-dire, une choſe que l'on ne veut point executer, & que l'on n'executera point) *mais le Parjure conſiſte uniquement à ne pas faire ce que l'on a juré en ſa conſcience, ſelon ce que porte la formule ordinaire dont on ſe ſert parmi nous.* Au reſte, notre Auteur citoit encore ici un autre paſſage de Ciceron, que l'on trouvera dans les *Recherches Académiciennes:* Liv. IV. Cap. XLVII. à la fin.

§. XVI. (1) C'eſt ce que les Juriſconſultes Modernes appellent *Jurare in animam alterius.* Mr. Hertius rapporte un endroit d'une Lettre de *Guillaume le Bon*, Roi de *Sicile*, à *Henri II.* Roi d'*Angleterre*, écrite en MCLXXVI. où ce Prince dit, que de tout tems ç'a été la coûtume dans ſon Royaume & parmi ſes Ancêtres, de ne pas jurer ſoi-même, & que c'eſt tout un de lever la main, ou de la faire lever à un autre qui jure pour nous en notre préſence: *Quum unum & idem putemus ſacramentum, quod vel manu propria fit, vel* IN ANIMA *jubentis & præſentis juratur.* Que les anciens *Romains* juraſſent ainſi quelquefois à d'autres abſens, cela paroit par l'exemple que Mr. Hertius allégue, du ſerment qu'*Antoine* fit à *Pompée* par des gens qu'il lui envoya: Dion Cassius *Hiſt.* Lib. XLVIII. pag. 427. C. *Edit. H. Steph* Je trouve auſſi dans Tite Live, que *C. Valerius Flaccus* ne pouvant pas jurer lui-même, ſon frere *L. Valerius Flaccus* jura pour lui, avec l'approbation du Sénat & du Peuple, qui tinrent pour bon ce ſerment, au profit de celui pour qui il étoit fait: *Plebeſque ſcivit, ut perinde eſſet, ac ſi ipſe Ædilis juraſſet.* Lib. XXXI. Cap. L. *& ult.* Mais il eſt certain, que le Droit Civil n'autoriſoit aucun Serment prêté par Procureur. C'eſt une invention du Droit Canonique. Voyez le *Jus Eccleſiaſticum Proteſtantium*, de Mr. Bohmer. Lib. II. Tit. VII. §. 5. *& ſeqq.* La choſe eſt allée ſi loin, que les Princes, quoiqu'ils fuſſent préſens, faiſoient jurer quelqu'un pour eux; ſurtout ſi celui en faveur de qui ils prêtoient ſerment, étoit leur inférieur. Voyez-en des exemples dans le *Tome* I. du *Corps Univerſel Diplomatique* (publié en 1726). Artic. CCXII. & Artic. DCXV.

(2) *Juramentum*

par Lettres; le conſentement s'exprimant auſſi-bien par écrit que de vive voix, rien n'empêche auſſi qu'on ne jure par Lettres, & que quand un tel Serment a été lû avec les formalitez accoûtumées, il n'oblige tout de même que ſi on l'avoit prêté de vive voix. Je dis, *quand il a été lû avec les formalitez accoûtumées :* car ſi l'on ſe retracte avant que l'Ecrit dans lequel on aſſuroit quelque choſe avec ſerment ſoit parvenu entre les mains de ceux à qui il s'adreſſoit, on n'eſt point coupable de parjure. Mais je ne voudrois pas que ceux qui ſont chargez de jurer pour un autre, agiſſent en apparence comme s'ils juroient pour eux-mêmes. Je n'approuve point, d'autre côté, que pour ne pas donner lieu de croire qu'ils jurent en leur propre nom, ils changent de cette maniere la formule du Serment : *Ainſi Dieu lui ſoit en aide.* Il vaut mieux ſe contenter de lire un Ecrit, où ſoit contenu le ſerment de la perſonne abſente. Cependant comme parmi la plûpart des Peuples on a de coûtume, & cela non ſans quelque fondement, de rendre le Serment plus auguſte & plus authentique par certaines cérémonies, comme par le ſacrifice d'une Victime, par l'attouchement de l'Autel, & autres actes religieux qui marquent d'une maniere plus forte & plus ſenſible le reſpect de celui qui jure pour la Divinité qu'il prend à témoin: je ſerois d'avis, principalement s'il s'agit d'une choſe de grande importance, que la perſonne abſente prêtat elle-même le Serment, avec les formalitez ordinaires, dans le lieu où elle demeure; ſurtout lorſqu'il faut neceſſairement un *Serment* (2) *perſonnel*, comme on parle; titre qui ne convient point à ceux que l'on prête par autrui, ſelon l'uſage commun. En effet, quand on atteſte de vive voix & ſolennellement la Divinité, cela eſt plus capable de la faire regarder comme préſente, & d'imprimer pour elle une frayeur religieuſe, que ſi l'on jure ſimplement par écrit; car le Papier ne rougit de rien, & ce n'eſt pas tout-à-fait ſans raiſon que les dépoſitions faites par Lettres ſont appellées des *preuves obſcures & incertaines* (a).

(a) Voyez *Les Wiſigoth.* Lib. II. Tit. IV. Cap. V.

Si un *Heritier* eſt lié par les Sermens de celui dont il recueille la ſucceſſion ?

§. XVII. ON demande ici enfin, juſqu'où un *Héritier* eſt lié par les Sermens de celui dont il recueille la ſucceſſion ? Sur quoi il eſt clair, que ſi quelqu'un a acquis un droit parfait, qui tombe ſur les biens du Defunt ou directement, ou indirectement, & pour ſuppléer au défaut d'une autre choſe; l'Héritier doit tenir le Serment, parceque cette charge étant attachée aux biens, paſſe à lui avec la ſucceſſion. Mais lorſque le Serment ne donne à perſonne un droit parfait, & que l'engagement du Defunt étoit uniquement fondé ſur un principe de Piété, de Charité, de Sincerité, ou de Conſtance à ne pas ſe dédire; il eſt clair que l'Héritier peut ſe dipenſer de rien exécuter à cet égard, puiſqu'il ne répréſente jamais le défunt dans les Obligations purement perſonnelles. Par exemple, ſi l'on a juré de jeûner une fois toutes les ſemaines, de demeurer cinq ans dans le Célibat, d'aller en pélerinage dans la Terre Sainte; & que l'on meure ſans s'acquitter de ces Vœux, l'Héritier n'eſt tenu de le faire lui-même que quand il a été inſtitué à cette condition. Si l'on a juré de donner chaque année aux Pauvres, pendant dix ans, la ſomme de cent Ecus, & que l'on meure avant la fin du terme; l'Héritier ne doit pas non-plus à la rigueur payer ce qui reſte pour accomplir nôtre Vœu, à moins qu'on n'ait conferé à certaines perſonnes le droit de l'y obliger. Car quand on ne donne droit à perſonne d'exiger l'accompliſſement d'une Promeſſe, on engage ſimplement ſa foi, & non pas ſes biens : ainſi l'Obligation

(2) *Juramentum corporale*, ou, comme il eſt dit dans le *Code*, *Juramentum corporaliter præſtitum.* Voyez la Loi citée ci-deſſus, §. 11. *Note* 2. & Lib. II. Tit. XLIII. *Si minor ſe majorem*, &c. Leg. III. *in fin.* C'eſt un ſerment que l'on prête ſoi-même, avec les formalitez ordinaires.

n'eſt point attachée aux biens qu'on laiſſe en mourant, & par conſéquent ne paſſe pas à l'Héritier, à moins qu'on ne lui ait impoſé cette condition par une clauſe du Teſtament. GROTIUS (a) dit encore, que s'il y a dans une Promeſſe faite avec ſerment quelque vice qui empêche que celui à qui l'on jure n'acquiere par-là aucun droit, enſorte que l'on ſoit engagé ſeulement par rapport à DIEU; en ce cas-là, l'Héritier n'eſt point tenu du Serment de celui à qui il ſuccede. Sur quoi il faut ſuppoſer, à mon avis, que le Défunt ou par un point d'honneur, ou par délicateſſe de conſcience, eût réſolu de tenir un ſerment que l'on avoit extorqué de lui par artifice, ou par une crainte injuſte: car autrement il n'étoit lui-même obligé à rien en ce cas-là, comme nous l'avons fait voir.

(a) *Liv. II. Chap. XIII.* §. 17. Voyez auſſi *Liv. III. Chap. XIX.* §. 5. *num.* 2.

Mais ſi l'Héritier manque d'effectuer une Promeſſe ou une Convention du Défunt, faite avec ſerment, & dont il doive être garant, comme Succeſſeur; le rendra-t-il pour cela coupable d'un véritable parjure? Je ſoûtiens que non, & ma raiſon eſt, que ce que le Serment proprement ainſi nommé, ou l'acte par lequel on en appelle à la Vengeance Divine, ajoûte à un ſimple Engagement, eſt uniquement attaché à la perſonne de celui qui jure (1); car l'Héritier n'a pas lui-même pris à témoin la Divinité: ainſi on ne peut pas dire qu'il l'outrage directement, comme font ceux qui jurent à faux. Il n'eſt donc coupable que d'infidelité, ou de ce qu'il viole les engagemens où il eſt comme Héritier. Autre choſe eſt, à ce que prétendent pluſieurs, ſi le Serment a été fait par un Peuple entier: car, ſelon eux, tant que ce Peuple demeure le même, l'Obligation du Serment ſe perpétue juſqu'à la derniere Poſterité. Mais cette déciſion ne me paroît pas à l'abri de toute difficulté; car l'acte du Serment, & par conſéquent ſon infraction, ſont uniquement l'effet de la volonté particuliere de chaque Individu, & n'appartiennent à une Perſonne Morale, qu'entant que les Particuliers, dont elle eſt actuellement compoſée, y ont eu par eux-mêmes quelque part. Ainſi un Peuple, conſideré comme une Perſonne Morale, ne ſauroit proprement ſe ſoûmettre à la Vengeance Divine; c'eſt-à-dire, jurer: cela ne convient qu'aux Particuliers qui ſont Membres du Corps de l'Etat. Lors donc qu'un Peuple viole une Promeſſe ou une Convention faite avec ſerment, il n'y a que ceux qui ont juré en perſonne qui ſe parjurent, & cela même ſuppoſé qu'ils conſentent à la violation de ce qui avoit été ainſi promis: tous les autres ſont coupables ſimplement d'infidelité (2). Ainſi je ne voudrois pas traiter de parjures les *Lacédé-*

§. XVII. (1) BODIN, *de Republ.* Lib. V. *Cap. ult.* concluoit de là mal-à-propos, que les Princes ne ſont pas obligez de tenir les Traitez jurez par leurs Prédéceſſeurs; comme l'a remarqué GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 16. *num.* 9. *Car*, dit très-bien celui-ci, *rien n'empêche que la promeſſe du Défunt n'oblige l'Héritier, quoique l'obligation du Serment ajoûté à la Promeſſe ſoit purement perſonnelle.* Surquoi GRONOVIUS prétend, que le Roi & le Succeſſeur étant une ſeule perſonne, parceque l'un & l'autre repréſente le Peuple, qui ſubſiſte toûjours; & le Roi ayant juré au nom du Peuple, la force du Serment s'étend juſqu'aux Succeſſeurs. Mais ce que je dirai après notre Auteur, dans la Note ſuivante, ſuffit pour faire voir que la repréſentation tombe uniquement ſur les engagemens, & non ſur le ſerment qui les accompagne.

(2) Mr. HERTIUS ſe déclare ici contre le ſentiment de notre Auteur, & il ſe prévaut de l'autorité de GROTIUS, qui ſemble pourtant ne pas faire pour lui. Ce Grand Homme traitant des Conventions faites avec des Sujets rebelles, dit, *Liv.* III. Chap. XIX. §. 8. *num.* 1. qu'*elles peuvent être confirmées par ſerment, non ſeulement par le Roi ou par le Sénat Souverain, mais encore par tout le Corps de l'Etat, comme nous voyons que* Lycurgue *&* Solon *firent jurer, l'un les* Lacédémoniens, *l'autre les* Athéniens, *de conſerver leurs Loix, & afin* QUE LE SERMENT NE PERDÎT PAS SA FORCE PAR LE CHANGEMENT DES PERSONNES *qui avoient part au Gouvernement, exigèrent de plus qu'il fût renouvellé tous les ans. En ce cas-là*, ajoûte GROTIUS, *le Souverain doit indiſpenſablement tenir la parole donnée, quand même le Bien Puclic demanderoit le contraire; car l'Etat a pû ſe dépouiller de ſon droit, & les termes du Traité peuvent être ſi clairs, qu'ils ne ſouffrent aucune exception.* Ou je ſuis fort trompé, ou ces paroles ſuppoſent tout le contraire de ce que Mr. HERTIUS en infere, comme il paroit par les mots que j'ai écrit en lettre capitales; ſurtout ſi on les compare avec les endroits citez à la marge de ce paragraphe, *lett.* a. Du reſte, GROTIUS ne parle point du tout ici de la Poſtérité de

*monïens*, qui, pluſieurs ſiécles après *Lycurgue*, abolirent les Loix de ce fameux Legiſlateur ; ni les *Romains*, s'ils euſſent réſolu de donner aux Empereurs le titre de *Rois*, malgré le ſerment que *Brutus* avoit fait faire au Peuple Romain. La choſe paroîtra encore mieux, à l'égard des derniers, ſi l'on conſidere que perſonne n'avoit acquis aucun droit par leur Serment, & qu'ils avoient ſeulement voulu ſe lier les mains à eux-mêmes, de-peur qu'il ne leur prît envie de rétablir une forme de Gouvernement dont ils avoient éprouvé les inconvéniens fâcheux. Ainſi ils pouvoient bien par-là s'engager à ne point établir de Roi dans *Rome*, du moins tant que le Bien Public ne le demanderoit pas : car s'il étoit arrivé que l'Etat ne pût plus ſe conſerver ſans un Gouvernement Monarchique, la ſituation des affaires auroit alors rendu illicite ce à quoi ils s'étoient engagez, & ainſi ils étoient quittes de leur ſerment. Mais pour ce qui eſt de leurs Deſcendans, à moins qu'ils n'euſſent eux-mêmes ratifié le ſerment, cela ne pouvoit pas les regarder; parceque les Ancêtres n'ont nul droit d'impoſer à leur Poſterité une Obligation de cette nature. En vain objecteroit-on, qu'un Peuple étant toûjours cenſé le même, quoiqu'il ne s'y trouve pas un ſeul des Citoyens dont il étoit composé, les actes des Ancêtres doivent, ce ſemble, obliger les Deſcendans ; car les Deſcendans ne ſont tenus du fait de leurs Ancêtres, que quand un autre a acquis par-là quelque droit. Mais à l'égard des choſes dont les effets rejailliſſent uniquement ſur le Peuple même en vertu des actions des Particuliers qui le compoſent, les Deſcendans ne ſont pas toûjours obligez de maintenir ce que leurs Ancêtres ont établi ; de même qu'on ne doit pas toûjours mettre ſur le compte de la Poſterité les actes de ſes Ancêtres : car les Deſcendans, par exemple, d'un Peuple qui a été autrefois belliqueux, ne ſauroient raiſonnablement s'attribuer la valeur de leurs Ancêtres, dont ils ont dégéneré. Ce ſeroit autre choſe, ſi chacun des Deſcendans avoit renouvellé le ſerment de ſes Ancêtres. Au reſte, en matiere de ces ſortes de

ceux avec qui le Traité avoit été conclu; moins encore donne-t-il à entendre que l'obigation du Serment ſubſiſte à l'égard des Deſcendans, auſſi-bien que celle de la Promeſſe à laquelle il étoit joint. La raiſon dont ſe ſert Mr. HERTIUS, n'eſt pas plus ſolide. Un Peuple, dit-il, peut jurer comme Peuple. Soit : mais le Peuple d'aujourd'hui n'eſt pas au fond le même que celui qui étoit il y a cent ans : il eſt ſeulement cenſé le même, à cauſe de la ſucceſſion perpetuelle des nouveaux Citoyens qui remplacent ceux qui meurent ou qui quittent le pays, & de là continuation du Gouvernement. Ainſi il entre bien dans les engagemens valides de ſes Ancêtres, par leſquels quelqu'un a acquis un veritable droit, & qui ſont de nature à ſe perpetuer ; mais non pas dans ce qu'il y a qui peut être regardé comme purement perſonnel. Or tel eſt ici l'acte du Serment. En un mot, le Peuple d'aujourd'hui n'eſt par rapport au Peuple qui vivoit il y a cent ans, que comme un Héritier par rapport au Défunt, dont il doit, ſelon Mr. HERTIUS même, accomplir les Promeſſes faites avec ſerment, non à cauſe du Serment, mais à cauſe de la Promeſſe ; car le Serment n'eſt qu'une choſe accidentelle, une ſimple confirmation de l'engagement, qui ſans cela ne ſeroit pas moins valable ; une eſpéce de formalité religieuſe, dont l'effet ne paſſe pas plus loin que celui qui l'employe pour plus grande aſſurance de la fidelité avec laquelle il veut tenir ſa parole. Mr. HERTIUS allégue ici l'exemple des *Iſraëlites*, qui environ cent cinquante ans après la mort de *Joſeph*, s'acquitterent de ce que ce Patriarche avoit fait jurer à leurs Ancêtres, de tranſporter ſes os d'*Egypte* dans la Terre Promiſe. Mais cela prouve ſeulement que les *Iſraëlites* ſe crurent obligez d'exécuter la promeſſe de leurs Ancêtres : il n'y a rien, du reſte, qui inſinuë que, s'ils y euſſent manqué, ils ſe fuſſent véritablement rendus coupables de parjure. Il faudroit dire la même choſe du maſſacre des *Gabaonites*, ſuppoſé que *Saül* l'eût fait faire ſous ombre que le Serment de *Joſué* étoit nul. Mais Mr. LE CLERC a très-bien remarqué, que ce Prince ſe ſervit de quelque autre prétexte Voyez ſur II. SAMUEL, XXI, 1, 2. Pour ce qui eſt des Sermens qui ne donnent aucun droit à perſonne, comme quand un Peuple, en établiſſant une Loi, jure de l'obſerver perpetuellement, il eſt clair que ce ſont des Vœux qui n'ont de force qu'autant qu'on a lieu de préſumer que DIEU les accepte. Ainſi, comme d'ailleurs perſonne ne peut s'obliger envers ſoi-même qu'autant qu'il le juge à propos pour ſon propre avantage, rien n'empêche que non ſeulement la Poſtérité, mais le Peuple même qui s'eſt engagé avec ſerment à obſerver une Loi, ne l'abroge dans la ſuite, s'il l'a trouve préjudiciable à la fin pour laquelle il l'avoit établie ; car cette exception eſt renfermée dans tous les engagemens qui ne regardent que ceux-là mêmes qui y entrent, & ce n'eſt que juſques-là qu'on peut croire que DIEU exige les effets conſtans d'un Vœu. Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. VI. §. 6. & Liv. III. Chap. VI. §. 15.

Sermens, & autres ſemblables, il faut bien obſerver la maxime d'un ancien Poëte Grec: c'eſt (3) *de ne jurer jamais que l'on ne fera pas telle ou telle choſe; car les premieres réſolutions ſont ſujettes à être démenties par les ſuivantes.* La reflexion d'un Hiſtorien François n'eſt pas non-plus à mépriſer: (b) *Il y a*, dit-il, *lieu de croire, que les Princes obſerveront un Traité plus religieuſement que les Républiqu s; car la ſainteté de la foi donnée fait plus d'impreſſion ſur celui qui s'engage lui ſeul & de ſa pure autorité, que ſur les Particuliers d'un Corps, dont chacun n'ayant que peu ou point de part à l'engagement public, ne fait pas grand ſcrupule d'y manquer.*

(b) *Joannes Labardæus, de rebus Gall.* Lib. VI pag. 329 Voyez *Ant. Matth. De Crimin.* Tit. *de Perjurio*, num 3.

*Diviſion des Sermens.*

§. XVIII. Le Serment peut être employé, & s'employe d'ordinaire pour deux raiſons principalement: ou pour plus grande aſſurance des Engagemens où l'on entre; ou pour décider un fait qui n'eſt pas averé, & qui ne ſauroit être mieux éclairci par une autre voye plus commode. C'eſt en ce ſens qu'il faut expliquer la définition d'Aristote: (1) *Le Serment*, dit-il, *eſt une affirmation faite en prenant à témoins la Divinité, & qui ne porte point avec ſoi de démonſtration;* c'eſt-à-dire, dont la verité n'eſt point démontrée par des preuves réelles; mais à laquelle on ajoûte foi uniquement à cauſe d'une préſomption du reſpect de celui qui jure, pour la Divinité qu'il prend à témoin. En effet, lorſque l'on a des preuves bien claires d'une choſe, le Serment ne doit pas faire foi: comme, au contraire, lorſqu'on s'en eſt une fois remis au Serment pour la déciſion d'une affaire, (2) il ne faut plus aller chercher d'autre preuve. Au reſte, on voit bien pourquoi le Serment eſt employé dans les *Queſtions de fait*, & non pas dans les *Queſtions de droit;* c'eſt-à-dire, pourquoi l'on jure qu'une choſe a été ou n'a point été faite, & non pas qu'elle a été bien ou mal faite. Car du moment que la premiere queſtion eſt vuidée, on peut décider l'autre d'une maniere inconteſtable. Que ſi les Juges prêtent ſerment, ce n'eſt pas pour affirmer quoique ce ſoit: ils s'engagent ſeulement par-là à prononcer ſelon le droit & l'équité, dans l'affaire dont il s'agit. Il y a donc deux ſortes de Sermens; les uns, par leſquels on aſſure ſimplement qu'une choſe eſt ou n'eſt pas: les autres, par leſquels on s'engage à faire ou ne pas faire une certaine choſe. Les premiers peuvent être appellez des *Sermens* (a) *Affirmatifs;* & les autres, des *Sermens* (b) *Obligations.*

(a) *Juramenta aſſertoria.*

(b) *Juramenta promiſſoria.*

*Des Sermens Obligatoires.*

§. XIX. Les *Sermens Obligatoires* ſont fort en uſage, & peut-être (1) plus qu'il ne faudroit, dans les affaires tant publiques que Particulieres. Il y a des gens qui diſtinguent ici entre les Sermens Obligatoires, proprement ainſi nommez, par leſquels on entre en même tems dans quelque Engagement où l'on n'étoit pas encore; & ceux qui ſe font pour confirmer un acte déja conclu & valable par lui-même. Ce n'eſt pas que tout Serment ne ſoit un acceſſoire de quelque Obligation: mais il y a des Promeſſes dont les paroles mêmes renferment le Serment, comme quand on dit, par exemple: *Je vous jure, que je ferai cela en vôtre faveur:* & d'autres,

(3) Ἄναξ, βροτοῖσιν οὐδέν ἐς' ἀπώμοτον.
Ψεύδει γὰρ ἡ 'πίνοια τὴν γνώμην.

Sophocl. Antigon. page 230. *Edit. H. Steph.* verſ. 399.

§. XVIII. (1) Ὅρκός ἐςι μετὰ θείας παρακλήσεως φάσις ἀναπόδεικτος. *Rhetor. ad Alexandr.* Cap. XVIII.

(2) Voyez ci-deſſous, §. 21, 22.

§. XIX (1) Ces ſortes de ſermens ſont le plus ſouvent ou injuſtes, ou téméraires, Pour les faire innocemment, il faut ſçavoir avec la derniere certitude, que l'action ou l'omiſſion à laquelle on s'oblige, eſt permiſe ou innocente: il faut voir ſi c'eſt une choſe qui dépende de nous & qui ſoit en notre pouvoir: il faut examiner ſi elle ne nous jettera point dans quelque danger tant ſoit peu conſiderable d'offenſer Dieu & de violer ſa Loi, & s'il y a néceſſité de jurer. Voyez le Traité de Mr. La Placette, Liv. II. Chap. IV. & XXV.

où l'affaire principale eſt ſéparée du Serment. Au reſte, les Interprêtes du Droit Romain remarquent avec raiſon, comme nous l'avons auſſi fait voir ci-deſſus, que le Serment eſt nul, lorſque l'affaire principale à quoi on l'ajoûte, (2) eſt deshonnête & illicite par le Droit Naturel, ou contraire au Bien Public, ou préjudiciable à un tiers: mais qu'il y a pourtant certains actes, qui, quoique nuls en eux-mêmes devant le Tribunal Civil, (3) ſont validez par l'interpoſition du Serment; parcequ'ils ne renferment point de vice eſſentiel, & qu'ils ſont ſeulement de telle nature, qu'une des Parties y peut aiſément être lézée ou trompée par l'autre: deſorte que comme il eſt libre à chacun de renoncer au bénéfice des Loix établies en ſa faveur, on préſume que celui qui a bien voulu confirmer de tels actes par ſerment, a mûrement examiné s'il lui étoit avantageux, ou non, de les faire.

§. XX. A l'egard des *Sermens Affirmatifs*, c'eſt-à-dire, qui ſe font pour décider un différend ſur lequel il n'y a pas d'autres preuves par leſquelles on puiſſe le terminer, celui qui jure, c'eſt ou la perſonne même intéreſſée, ou un tiers. Ceux qui certifient avec ſerment une action d'autrui, ſont appellez des *Témoins* (1); & leur dépoſition paſſe avec raiſon pour être d'un grand poids, lorſqu'il n'y a rien qui la rende vraiſemblablement ſuſpecte: car on ne ſauroit légitimement préſumer qu'un Homme-de-bien & craignant Dieu, veuille pour l'intérêt d'autrui s'expoſer lui-même à la Vengeance Divine. Les Loix Civiles néanmoins ont ſagement établi, de ne pas recevoir ſans beaucoup de circonſpection le témoignage d'un homme ſur une affaire de quelque autre avec qui il a des liaiſons étroites; parcequ'il peut aiſément arriver que l'Amitié l'emporte ſur la Conſcience (2). Ce n'eſt pas non-plus ſans quelque fondement que les anciens *Romains* vouloient que les Témoins fuſſent riches, ſurtout s'il s'agiſſoit d'une affaire de grande importance (3).

Du Serment des *Témoins*.

§. XXI. Mais il arrive auſſi ſouvent, que la perſonne même intéreſſée jure au ſujet de ſon affaire propre, pour terminer le différend: ce qui ſe fait ou par une convention (1) entre les Parties, ou par l'ordre du Juge. Car quand deux perſonnes ſont en diſpute ſur quelque choſe que l'une prétend lui être dû, & qu'il n'y a pas des preuves ſuffiſantes, le Demandeur peut déférer le Serment à l'autre, avec promeſſe de déſiſter de ſes prétenſions, ſi celui-ci jure qu'il ne lui doit rien (a). Que ſi le Défendeur craint de ne pouvoir jurer en conſcience, comme par exemple, s'il s'agit

Des Sermens que font les *Parties* mêmes, pour décider leur différend.

(a) Voyez *Diodore de Sicile*, Lib. I. Cap. LXXIX.

(2) *Secundùm itaque prædictam regulam, quæ ubicumque* [*non*] *ſervari factum lege prohibente cenſuimus, certum eſt nec ſtipulationem hujuſmodi tenere, nec mandatum ullius eſſe momenti*, NEC SACRAMENTUM ADMITTI. Cod. *Lib.* I. Tit. XIV. *De Legibus*, &c. Leg. V. §. 1. Voyez auſſi Digest. Lib. II. Cap. XIV. *De Pactis*, Leg. VII. §. 16. & Lib. XXX. Tit. I. *De Legat.* Leg. CXII. §. 4.

(3) C'eſt la maxime du Droit Canonique, qui laiſſe ſubſiſter tout Serment que l'on peut tenir ſans préjudice de ſon Salut Eternel. Sur ce pied-là, le Cautionnement d'une Femme, les Promeſſes d'un Enfant en âge de puberté, & autre actes nuls par les Loix Civiles, ſont validez par les déciſions des Papes, à cauſe du Serment qui les accompagne. Voyez les Decretales, Lib. II. Tit. XXIV. *De Jurejurando*, Cap. IX. XXVIII. & ci-deſſus §. 11. *Note* 3, 4. Mais Mr. Thomasius remarque avec raiſon, dans ſes *Fundam. J. N. & Gent.* Lib. II. Cap. IX. §. 9. *& ſeqq.* que cela eſt contraire à la nature du Serment, qui, comme notre Auteur l'a aſſez fait voir, n'eſt qu'un ſimple acceſſoire des Engagemens; & que le Clergé Romain a voulu par-là s'emparer du pouvoir de corriger les Loix Civiles & les Sentences des Juges, comme auſſi empêcher que les Promeſſes & les Donations faites à l'Egliſe ne fuſſent infirmées par de juſtes exceptions. Voyez les Notes du même Auteur ſur Lancelot, *Lib.* III. Tit. III. §. 3. page 1391. *& ſeqq.*

§. XX. (1) Voyez ci-deſſous, Livre V. Chap. XIII. §. 9.

(2) *Teſtium fides diligenter examinanda eſt. . . . . an amicus ei ſit, pro quo teſtimonium dat.* Digest. *Lib.* XXII. Tit. V. *De Teſtibus*, Leg. III. *princip.* Voyez la Loi ſuivante.

(3) *An locuples, vel egens ſit, ut lucri cauſa quid facilè admittat.* Ibid.

§. XXI. (1) *Maximum remedium expediendarum litium in uſum venit jurisjurandi religio: quæ vel ex pactione ipſorum litigatorum, vel ex auctoritate Judicis deciduntur controverſiæ.* Digest. *Lib.* XII. *Tit.* II. *De Jurejurando*, &c. Voyez *Daumat*, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. III. Tit. VI. Sect. VI.

d'une dette d'autrui, dont il eſt effectivement reſponſable ; ſuppoſé qu'elle ſoit vraye, il peut référer le Serment, promettant à ſon tour de payer, ſi l'autre jure que cela lui eſt bien dû (2). Cet expédient ſe met en uſage ou entre les Parties ſimplement, ou devant les Juges: avec cette différence néanmoins, que hors des Tribunaux de Juſtice on n'eſt pas tenu de jurer à la requiſition de celui qui défére le Serment : dont la raiſon eſt, que cela renferme un (3) engagement tacite, par lequel on conſent de ſe reconnoître déſormais débiteur de la choſe dont il s'agit, ſi l'on ne veut pas jurer qu'on ne la doit point, ou ſi celui qui la demande jure lui-même qu'elle lui eſt dûë. Or quiconque n'a pas autorité ſur nous, ne ſauroit légitimement nous contraindre à faire une Convention, qui peut nous être onéreuſe (4). Mais lorſque l'une des Parties défére le Serment à l'autre en Juſtice, celle-ci ne peut, ſans de très-fortes raiſons, ſe diſpenſer de jurer, ou du moins de référer le Serment. En effet, s'il paroît que le procès a été intenté avec quelque fondement, ſans que pourtant il y ait des preuves ſuffiſantes ; & que dans ce doute, l'une des Parties veuille bien s'en remettre à la conſcience de l'autre : le Juge a raiſon de tenir pour convaincu celui qui n'oſe ni jurer qu'il ne doit rien, ni exiger de ſa Partie qu'elle jure elle-même que ce qu'elle demande lui eſt véritablement dû. Le refus ne peut qu'être regardé alors comme une marque aſſez claire que le Défendeur eſt perſuadé en ſa conſcience qu'il doit ce qu'on lui demande ; (5) car s'il fait ſcrupule de jurer pour peu de choſe, il n'a qu'à referer le Serment, & s'il craint que le Demandeur ne ſe (6) parjure, que ne jure-t-il lui-même ?

(2) *Alterum itaque eligat reus : aut ſolvat, aut juret. . . . Datur autem & alia facultas reo, ut, ſi malit, referat jusjurandum ; & ſi is, qui petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei Prætor non dabit : æquiſſimè enim hoc facit, cùm non deberet diſplicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit.* Digest. *ibid.* Leg. XXXIV. §. 6, 7. *Manifeſtæ turpidinis & confeſſionis eſt, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* Ibid. Leg. XXXVIII

(3) C'eſt une eſpece de tranſaction, diſent très-bien les Juriſconſultes Romains. *Jusjurandum ſpeciem tranſactionis continet.* Digest. *ubi ſuprà*, Leg. II.

(4) Mais lorſqu'on a une fois accepté le Serment, on ne peut pas le référer : parce qu'en l'acceptant on s'eſt engagé ou a jurer, ou à ſe reconnoître Débiteur de ce pourquoi l'autre Partie s'eſt rapportée à nôtre Serment, ou bien à renoncer au Droit de lui demander ce qu'on prétendoit : *Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non poteſt.* Ibid. Leg. XVII. Que ſi celui qui avoit déferé le Serment, en tient quitte l'autre, celui-ci eſt ou déchargé par-là, tout de même que s'il avoit juré, ou en droit de demander ce qu'on lui conteſtoit : *Jurejurando dato, vel remiſſo, Reus quidem adquirit exceptionem ſibi aliiſque : Actor vero actionem adquirit*, &c. Ibid. *Leg.* IX. §. 1. A plus forte raiſon, cela a-t-il lieu, lorſque le Serment a été actuellement prêté en vertu de l'accord. L'affaire eſt alors finie, & aucune des Parties ne peut plus en revenir. Mais, ſelon le Droit Romain, il n'en eſt pas tout-à-fait de même à l'égard du Serment que le Juge exige lui-même de ſon autorité. Comme la Partie de qui il l'exige ne peut le refuſer, & qu'ainſi il n'y a point alors de convention faite avec l'autre ; on eſt reçu à demander une reviſion du procès, moyennant que l'on ait à produire de nouvelles pieces, dont on déclare que l'on veut ſe ſervir uniquement. *Admonendi ſumus, interdum etiam poſt jusjurandum exactum permitti Conſtitutionibus Principum, ex integro cauſam agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat, quibus nunc ſolis uſurus ſit. . . . Quod ſi alias inter ipſos jurejurando tranſactum ſit negotium, non conceditur eamdem cauſam retractare.* Ibid. Leg. XXXI. Voyez le Commentaire de Mr. Noodt ſur ce Titre, *page* 288.

(5) Platon neanmoins, comme le remarquoit ici nôtre Auteur, ne permettoit point le Serment, dans toutes les affaires d'interêt, & où le Parjure peut apporter quelque utilité ſelon l'opinion des Hommes. Voyez le XII. Livre des *Loix* de ce Philoſophe, page 948. D. E. *Edit. H. Steph.* Tome II.

(6) C'eſt une queſtion délicate, ſi l'on peut exiger le Serment d'une perſonne, lorſqu'on a lieu de croire qu'elle jurera fauſſement ? Il ne s'agit point ici du Juge : car, comme le dit très-bien Mr. La Placette, *Traité du Serment*, Liv. I. Chap. XIII. page 106, 107. *les Loix veulent qu'il défére le Serment en de certaines occaſions ; c'eſt à lui à s'y conformer, ſans ſe mettre en peine de la maniere en laquelle ceux à qui il ordonne de jurer pourront le faire.* On ſuppoſe encore ſans doute qu'il s'agiſſe d'un interêt conſiderable. Cela étant, j'entre fort dans la penſée de Mr. Thomasius, qui ſoûtient que la queſtion eſt plus curieuſe qu'utile, *Inſtitut. Juriſpr. Div.* Lib. II. Cap. IX. §. 105, *& ſeqq.* car on ne peut jamais avoir une entiere certitude qu'une perſonne ſoit déterminée à ſe parjurer. Quand même par le paſſé elle auroit ſouvent juré à faux, il peut être qu'elle s'eſt repentie, & qu'elle ne voudra pas dans l'occaſion préſente commettre de ſens froid cet horrible crime. Que ſi elle fait mine d'y être toute diſpoſée, on peut croire que c'eſt afin qu'on ne l'oblige point à jurer. Joignez ici ce que dit le même Auteur, dans une Diſſertation Academique *De emendandis quibuſdam litium protractionibus in materia Jura-*

*Des Sermens faits à la requiſition du Juge ſeul, ou pour ſe purger des ſoupçons d'un fait dont on nous charge.*

§. XXII. ENFIN le Juge même peut quelquefois, lorſque les autres preuves ne ſuffiſent pas (1), déférer le Serment à une Patrie, ſans que l'autre le demande; & cela, ſoit pour faire acquérir quelque droit à l'une des deux, ſoit pour lui donner lieu de ſe purger des ſoupçons de quelque fait dont on la charge. Mais en ce cas-là on n'exige pas le Serment, lorſque celui qui jureroit ne pourroit avouer la verité ſans s'expoſer à la peine de mort, ou à quelque autre choſe de fort ſenſible. (2) Car outre qu'il faudroit être bien dur pour mettre une perſonne, ſur de ſimples ſoupçons d'un fait douteux, dans la triſte néceſſité ou de faire une grande brêche à ſa Conſcience, ou de s'attirer un mal très-conſiderable; on ne doit guéres ajoûter foi à de tels ſermens, parceque les Hommes ſont fort enclins à ſe flatter d'appaiſer d'une maniere ou d'autre la Divinité, dont la Miſericorde infinie eſt effectivement ouverte aux Parjures mêmes, pourvû qu'ils ſe repentent ſérieuſement de leur crime (3).

*menti parti à parte in Judicio delati*, &c. §. 9. J'ajoûte, qu'il y a des gens, d'ailleurs capables de très-grandes injuſtices, qui cependant n'auroient pas le courage de jurer, ſoit par un reſte de Conſcience, ſoit par je ne ſçai quel aſſemblage monſtrueux d'une Pieté qu'ils ſe ſont faite à leur mode, & de la liberté qu'ils croyent avoir de s'accommoder aux dépens d'autrui, autant qu'ils le peuvent ſans tomber dans ces grands crimes qui outragent directement la Divinité. D'ailleurs, ſuppoſé qu'on ait tout lieu de préſumer que celui qui nie, par exemple, une Dette ou un Dépôt dont on ne peut pas le convaincre juridiquement, ſoit diſpoſé à ſe purger par ſerment, n'eſt-ce pas à-peu-pres la même choſe que s'il avoit actuellement juré à faux, puiſqu'il ne tient pas à lui qu'il ne le faſſe? Mr. LA PLACETTE avouë, que *ce qu'une telle perſonne ajoûteroit à cette diſpoſition affreuſe en jurant actuellement, eſt ſi peu de choſe, qu'il ne mérite preſque point qu'on y ait égard*. Cependant il décide qu'en ce cas-là on ne doit jamais déférer le Serment, *pour épargner à* DIEU *l'outrage ſanglant, & aux foibles le ſcandale horrible qu'ils en recevront*. Mais la crainte du ſcandale n'exige pas indiſpenſablement que l'on perde ſon bien, ſans tenter toutes les voyes poſſibles de ſe le faire reſtituer, lorſqu'il s'agit de quelque choſe de conſequence, comme nous le ſuppoſons ici; outre que le ſcandale n'eſt guéres moindre, ſi l'on témoigne la raiſon pourquoi on ne veut pas faire jurer ſa Partie. Pour ce qui regarde DIEU, l'outrage qu'on lui fait ne conſiſte pas tant dans l'acte exterieur, que dans la diſpoſition intérieure, qui eſt ſuppoſée pleine & entiere, & reputée devant lui pour l'effet en ce cas-là.

§. XXII. (1) *In bonæ fidei contractibus, necnon* [*etiam*] *in cæteris cauſis, inopia probationum, per Judicem jurejurando cauſa cognita res decidi oportet*. COD. *Lib.* IV. Tit. I. *De rebus creditis, & jurejurando*, Leg. III. On cite ordinairement cette Loi, pour prouver que ſelon le Droit Romain, le Juge peut déférer le Serment lorſqu'il n'y a qu'une demi-preuve du côté de l'une des Parties; comme par exemple, un ſeul témoin, qui ne fait pas foi, quand même il feroit Sénateur. Mais Mr. NOODT a très-bien fait voir dans ſes *Probabilia Jur.* Lib. III. Cap. VI. & dans ſon Commentaire, *page* 287, 288. qu'*inopia probationum*, c'eſt ici le cas où il y a tant de preuves de part & d'autre, que le Juge ne ſçait de quel côté ſe determiner; car quand quelque choſe fait pancher la balance, on ne doit pas légérement déférer le Serment. Voyez DIGEST. Lib. XII. Tit. II. Leg. XXXI. où il y a, *in dubiis cauſis*. Il n'en eſt pas de même du Serment qu'une Partie défére à l'autre en Juſtice. Car, ſelon le Droit Romain, celle-ci doit ou jurer, ou référer le Serment, quand même on n'auroit rien prouvé contr'elle; ſinon il faut qu'elle paye ce qu'on lui demande. Voyez le Commentaire du même Mr. NOODT, *page* 285. & Mr. SCHULTING, ſur ſa *Juriſprud. Ante-Juſtin* page 267. a.

(2) Mr. VAN DE WATER, dans ſes *Obſervationes Juris Romani*, Lib. II. Cap. X. a entrepris de prouver, contre l'opinion commune des Juriſconſultes Modernes, que ſelon le Droit Romain, on ne déféroit point le Serment, ni pour les Cauſes Criminelles, ni pour les Cauſes Civiles où la condamnation eſt accompagnée d'une note d'infamie; enſorte que celui à qui on le déféroit fût tenu indiſpenſablement de jurer, ou de réferer le Serment à l'autre Partie, quand celle-ci lui avoit donné l'alternative. On pourra examiner les raiſons de cet Auteur, qui ne paroiſſent pas au-deſſus de toute replique.

(3) Il y a là-deſſus un beau paſſage de LIBANIUS, que notre Auteur citoit: Ἐν μὲν γὰρ ἀσφαλείᾳ, καὶ τῶν πραγμάτων εὖ κειμένων, καὶ φυλάξαιτό τις ἐπιορκεῖν, οὐκ οὔσης ἀνάγκης εἰς τὸ γενέσθαι πονηρόν. ὅτῳ δὲ τὰ μὲν ἄλλα ἀπέγνωσται, εἷς δὲ ὑπολείπεται πόρος, ὃν οὐκ ἐστὶ μὴ ψευσάμενον ἔχειν. ὁ δὲ τοιοῦτος τολμᾷ κίνδυνον ἀνταλλαττόμενος κινδύνου. τὸν μὲν ἐν ὀφθαλμοῖς ἄφυκτον εἰδώς. ὑπὲρ δὲ ἐκείνου πολλάκις αὑτὸν ἀπατῶν· ὡς καὶ θυσίαις, καὶ θεραπείαις, καὶ εὐχαῖς, καὶ ἱερείοις, καὶ κάλλει ἀναθημάτων, συγγνώμονας ἂν κατασκευάσαι τοὺς θεούς· ἔπειτα τοῦ μὲν τὴν δίκην μέλλειν ἡγεῖται. τοῦ δὲ τὸ δεινὸν εὐθὺς ἐφεστάναι· ἐλάττω δὲ τῆς ἐπικειμένης, τὴν οὔπω παροῦσαν κρίνει, κατ' αὐτὸν τὸν χρόνον. „Dans la Proſperité, & lorſqu'on n'a rien à craindre, „on fait ſcrupule de ſe parjurer, n'y ayant rien alors „qui nous mette dans une eſpéce de néceſſité de commettre de méchantes actions. Mais lorſque toutes „nos affaires ſont déſeſperées, & qu'il ne reſte plus „qu'un ſeul expédient qu'on ne ſçauroit mettre en „uſage ſans mentir & ſans tromper, on ſe réſout, „pour éviter le mal préſent, que l'on voit être inévitable, à courir le riſque de l'autre ſur lequel on „ſe fait ſouvent mille illuſions; car on ſe flatte qu'à

(a) *Ad Lib.* XII. *Digeſt.* Tit. II. *De Jurejurando.*

Au reſte, les Interprêtes du Droit Romain traitent au long (a) de ces ſortes de Sermens, & autres ſemblables (4).

Si toute violation d'un Serment rend coupable de Parjure.

§. XXIII. COMME il arrive très-ſouvent, ſurtout dans les Societez Civiles, que l'on jure de s'acquitter fidélement de ſes Devoirs ; on demande, *ſi ceux qui en ont négligé quelque partie, ſe rendent toûjours par-là coupables d'un véritable Parjure ?* On voit bien qu'il n'eſt pas queſtion ici des Sermens qui regardent quelque acte particulier & individuel, comme quand on a juré de dire la vérité ſur un fait pour lequel on eſt appellé en témoignage, ou de rendre fidélement un Dépôt, ou de faire toute autre choſe déterminée par la nature même de l'engagement où l'on entroit ; car quiconque fauſſe de tels Sermens, ſe parjure ſans contredit. Il s'agit donc uniquement des Sermens par leſquels on promet à la fois pluſieurs choſes en gros, tels que ſont ceux que l'on exige ordinairement des perſonnes à qui l'on donne quelque Emploi ou quelque Charge dont l'exercice embraſſe diverſes fonctions & demande pluſieurs actes différens. Sur ce pié-là je dis, que ſi l'on manque de propos délibéré au moindre des Devoirs que l'on avoit juré d'obſerver, on commet certainement un parjure. Il eſt vrai que ce péché, auſſi-bien que les autres, a pluſieurs degrez ; car comme ceux qui n'ont violé qu'une ou deux Loix ſont regardez avec raiſon comme moins coupables que s'ils ſecouoient entierement le joug de l'obéïſſance qu'ils doivent au Souverain ; c'eſt-à-dire, s'ils commettoient un crime de Léze-Majeſté : de même, le Parjure eſt certainement plus énorme, lorſque l'on manque à tous ſes engagemens, que ſi l'on en négligeoit ſeulement une partie (a) ; mais il faut abſolument rejetter la penſée de ceux qui prétendent, que lorſqu'on ſe ſoûmet à la peine ordonnée en cas de violation des engagemens où l'on étoit entré avec ſerment, cela ſuffit pour mettre à couvert du Parjure ; car, à moins que dans le tems même du ſerment prêté on n'ait expreſſément laiſſé la liberté à celui qui juroit, ou de faire la choſe à quoi il s'eſt engagé, ou, s'il vouloit s'en diſpenſer, de racheter cette permiſſion par une certaine amende (b) ; la punition n'empêche nullement qu'il ne ſe ſoit parjuré, comme nous le ferons (1) voir ci-deſſous plus au long : de même qu'un homme qui a eu le fouet pour avoir dérobé, ne mérite pas moins après cela le nom de Voleur (2) qu'auparavant.

(a) Voyez pourtant *Sanderſon, de obligat. Juram.* Prælect. III. §. 18.

(b) Voyez les Pactes de Mariage entre *Charles*, Prince de *Galles*, & *Henriette de Bourbon*, dans *Gramond*, Hiſt. Gall. XIII. Artic. 23. page 612. *Edit. Elzevir.*

De la maniere dont on eſt *diſpenſé ou abſous d'un Serment* ou *d'un Vœu.*

§. XXIV. POUR ce qui regarde la maniere dont on eſt diſpenſé ou abſous de certains Sermens & de certains Vœux, les queſtions qu'on propoſe là-deſſus, peuvent être

„ force de Sacrifices, de Dévotions, de Vœux, d'Of-
„ frandes magnifiques, on pourra obtenir des Dieux
„ le pardon de ſes Crimes. Outre que, comme la pu-
„ nition du Parjure paroît éloignée, au lieu que l'au-
„ tre mal ſe montre tout prêt à fondre ſur nous, on
„ juge celui-ci plus grand que le premier à cauſe de
„ ſa proximité ". *Declam.* III. page 249. A. *Edit. Pariſ. Morell.*

(4) Tel eſt celui qu'on appelle *Juramentum calumniæ*, ou *de calumnia* ; dont l'uſage fut rendu général par le Droit Romain des derniers tems ( car auparavant il n'y avoit que certaines cauſes où on l'exigeoit, & d'une Partie ſeulement ). Ici donc les deux Parties devoient jurer, dès l'entrée du Procès, qu'elles agiſſoient de bonne foi ; c'eſt-à-dire, que l'une croyoit ſes demandes bien fondées, l'autre ſes défenſes juſtes, & que ni l'une ni l'autre n'avoit deſſein de chercher des chicanes pour empêcher ou retarder une ſentence équitable. Voyez COD. Lib. II. Tit. LIX. *De Jurejurando propter Calumniam dando* ; & NOVELL. XLIX. Cap. III. §. 1. avec le Commentaire de CUJAS ſur ces endroits-là. Mais comme ce Serment n'étoit preſque toûjours qu'une occaſion de parjure pour le Demandeur ou pour le Défendeur, & quelquefois pour tous les deux ; c'eſt avec raiſon qu'on l'a aboli dans la plûpart des Tribunaux. Une autre ſorte de Serment celebre dans le Droit Romain, c'eſt le *Juramentum in litem*, que le Juge défére, en certaines Cauſes, au Demandeur, pour l'eſtimation qu'il lui permet de faire de ce qui lui eſt dû, lorſque le Défendeur ne veut pas ou ne peut pas rendre la choſe même, & qu'il y a de ſa part de la mauvaiſe foi, ou une groſſiére faute. Voyez DIGEST. Lib. XII. Tit. III. *De in litem jurando*, & COD. Lib. V. Tit. LIII. Mr. THOMASIUS, dans ſa Diſſertation *De pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, rimprimée à *Hall.* en 1707. dit là-deſſus bien des choſes que l'on peut examiner. Voyez ici ſurtout le Commentaire de Mr. NOODT, *page* 289. *& ſeqq.*

§. XXIII. (1) Voyez Liv. VIII. Chap. III. §. 4. à la fin.

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. IX. §. 6.

§. XXIV.

être décidées par deux principes. Le premier eſt, que toute perſonne dont les actions & les biens dépendent d'autrui, ne peut jamais en diſpoſer au préjudice de l'autorité de ſon Superieur, qui par conſéquent a droit d'annuller ce qui a été fait contre ſa volonté. L'autre, c'eſt qu'un Supérieur peut mettre des bornes, comme il le juge à propos, aux droits même que ſes Sujets ont déja acquis, & à plus forte raiſon à ceux qu'ils doivent acquérir. A la verité, le pouvoir d'un (a) Supérieur ne s'étend pas juſqu'à diſpenſer de tenir un Serment véritablement obligatoire, c'eſt-à-dire, où il n'y a aucun vice, & qui regarde une choſe dont celui qui a juré pouvoit diſpoſer à ſa fantaiſie. Il n'étoit pas libre au Sénat Romain, par exemple, d'annuller le ſerment que *Régulus* avoit fait aux *Carthaginois* de retourner chez eux; pour ne pas dire que *Régulus* étant devenu leur Eſclave par le droit de la Guerre, les *Romains* n'avoient plus d'autorité ſur lui. Mais lorſque l'on jure de faire ou de donner quelque choſe à l'égard de quoi on eſt ſoumis à la direction d'autrui, le Serment tire toute ſa force du conſentement ou exprès, ou tacite, du Supérieur, qui peut par conſéquent ou le laiſſer ſubſiſter, ou le déclarer nul, comme il le juge à propos. Et il ne faut pas craindre de ſe parjurer, en ne tenant pas un Serment qui a été ainſi annullé; car quand on a juré, on ſuppoſoit ou l'on devoit ſuppoſer, comme une condition abſolument neceſſaire, l'approbation de ſon Supérieur. Le Supérieur, d'autre côté, ne péche point en annullant un tel acte; puiſqu'il ne fait qu'uſer du droit qu'il a d'empêcher que ceux qui dépendent de lui ne donnent quelque atteinte à ſon autorité par des engagemens téméraires.

(a) Voyez *Grotius* Liv. II. Chap. XIII. § 20. num. 2, 3.

Au reſte, ſoit que le Supérieur ait défendu auparavant de jurer ſur une certaine choſe, ou qu'après le ſerment fait il en prohibe l'exécution, le Serment eſt toûjours également nul: avec cette difference, que dans le premier cas on commet un grand peché en prenant Dieu à témoin d'un engagement téméraire & illicite. (1) Selon les Loix des *Hébreux*, un Pere pouvoit, s'il le jugeoit à propos, annuller les Vœux de ſa Fille, faits avec ſerment; un Mari, ceux de ſa Femme; un Maître, ceux de ſon Eſclave (b). En effet, ſans cela il ſeroit facile d'éluder & de rendre entierement inutile, à force de Vœux & de Sermens, l'autorité la plus étenduë & la plus inviolable. Une autre maniere dont la force d'un Serment dépend de la volonté du Supérieur, c'eſt lorſque le Supérieur déclare que ce que l'on aura juré en certains cas ne ſera valable que ſuppoſé qu'il le ratifie.

(b) Voyez *Nombr.* XXX, 4. & *ſuiv.*

Il eſt clair, au reſte, qu'on ne peut être abſous d'un Serment ou d'un Vœu que par celui de qui l'on dépend, & dans les droits duquel ce pouvoir eſt renfermé. Auſſi voyons-nous que les Empereurs Romains l'exercerent autrefois. Marc Antonin & Verus, par exemple annullerent, (2) le Serment d'un homme, qui ayant juré *de n'entrer jamais dans le Conſeil*, fut créé depuis *Duumvir*, ou l'un des deux princi-

§. XXIV. (1) Leon *de Modéne* dit même, dans ſon Traité *des Céremonies des Juifs*, Part. II. C. IV. §. 4. comme le remarquoit ici nôtre Auteur, que toutes les fois qu'on a voué ou juré une choſe, quelle qu'elle ſoit, & que l'on s'en repent pour quelque bonne raiſon; on peut, pourvû que cela ne tourne point au préjudice d'un tiers, être déchargé de ſon Serment par un Rabbin, ou par trois autres perſonnes, après une exacte connoiſſance de l'affaire. Le Droit Canonique décide, que les Droits du Supérieur ſont toûjours cenſez exceptez dans le Serment. *In quo* [ juramento ] *debet intelligi jus ſuperioris exceptum*. Decretal. Lib. II. Tit. XXIV. de jurejur. Cap. XIX. Voyez auſſi *Conſuetudines Feudorum*, Lib. II. Tit. LV. *in fine*, que l'Auteur citoit encore ici. Joignez ici mes Notes ſur l'endroit de Grotius cité en marge, & ce que j'ai dit ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. XI. §. 6. *Note* 3. des dernieres Editions.

(2) *Imperatores* Antoninus & Verus *reſcripſerunt, gratiam ſe facere jurisjurandi ei qui juraverat*, ſe ordini non interfuturum, *& poſtea Duumvir creatus eſſet.* Digest. Lib. L. Tit. I. *Ad municipalem, & de incolis*, Leg. XXXVIII.

paux Magiſtrats de ſa Ville. Et la raiſon pourquoi ils uſerent ici de leur autorité, étoit très-légitime : car un Citoyen pourroit-il, ſous prétexte de ſerment, ſe diſpenſer de rendre ſes ſervices à l'Etat, qui les lui demande ? Un (c) Chevalier Romain, qui avoit juré de ne repudier jamais ſa Femme, l'ayant enſuite ſurpriſe dans un commerce criminel avec ſon Gendre, fut abſous par *Tibére* de ce Serment, dont la force ne pouvoit pas être étenduë juſqu'à mettre un Mari dans la dure néceſſité de garder une Femme coupable d'une ſi grande infamie. Mais dans la ſuite, les Princes Chrétiens chargerent ſouvent les Evêques de connoître de la validité des Sermens, & de diſpenſer de ceux qu'ils trouveroient nuls ; afin que l'opinion qu'on avoit de la ſainteté de ces Miniſtres Publics de la Religion, diſſipât les ſcrupules qui pourroient s'élever dans l'eſprit des perſonnes peu éclairées. On ſçait juſqu'où les Evêques, & ſurtout celui de *Rome*, qui prétend avoir la ſupériorité ſur tous les autres, (3) ſe prévalurent avec le tems de cette permiſſion du Souverain, & combien l'abus qu'ils en firent a cauſé de maux au Chriſtianiſme. Cependant, comme c'eſt par les principes du Droit qu'il faut décider quelles ſortes de Sermens ſont nuls, & pour quels ſujets on peut en diſpenſer : je ne vois pas en vertu dequoi un Théologien s'attribueroit ici plus d'autorité qu'un Juriſconſulte.

(c) *Sueton.* in Tiber. Cap. XXXV.

Lorſque la qualité de la perſonne même qui a juré n'autoriſe pas la reſciſion du Serment, le Supérieur peut quelquefois en empêcher l'effet, en ôtant à l'autre Partie le droit qu'elle avoit acquis par-là, ou en lui défendant de ſe prévaloir de ce qui lui reviendroit d'un tel Serment ; & cela ou en forme de punition, ou pour l'utilité publique, en vertu du *Domaine éminent* que le Souverain a ſur les biens de ſes Sujets. En ce cas-là celui qui avoit juré ne doit pas craindre de ſe parjurer, puiſqu'il ne tient pas à lui qu'il n'accompliſſe ſon Serment, & qu'il en (d) eſt diſpenſé par celui qui avoit acquis par-là un droit ſupérieur, quoiqu'indirect.

(d) Voyez *Grotius*, *ubi ſuprà*, §. 20. num. 5. & ſur *Matth.* V, 37.

Au reſte, un Prince, en dépouillant ainſi de tout effet un acte où l'invocation du nom de DIEU eſt intervenu, ne péche pourtant pas pourvû qu'il ait de juſtes raiſons de le faire. Mais cela n'empêche point que ceux-là même qu'il décharge de leur Serment, n'ayent quelquefois à ſe reprocher d'avoir commis un péché, en prenant légérement à témoin la Divinité d'un engagement qu'ils devoient ſçavoir être contraire aux droits de leur Supérieur.

(3) Voyez le *Traité du Serment*, par Mr. LA PLACETTE, Liv. II. Chap. XXIV. Il eſt clair que le Serment eſt une des choſes par où les Eccléſiaſtiques ont le plus efficacement avancé leurs interêts temporels, & empiété ſur les droits du Magiſtrat. Mr. THOMASIUS croit même, qu'avant les Empereurs Chrétiens on n'exigeoit pas toûjours le Serment des Temoins, & que ce fut *Conſtantin* qui rendit cette formalité abſolument néceſſaire. Voyez la Diſſertation *De Fide Juridica*, Cap. II. §. 61, *& ſeqq.* & les *Fundam. Jur. N. & Gent.* Lib. II. Cap. IX. §. 3, *& ſeqq.* Mais cet habile Juriſconſulte n'a pas pris garde à un paſſage de SENEQUE, qui prouve clairement le contraire, & que Mr. NOODT allégue dans ſon Commentaire, *page* 480. C'eſt dans le Traité *de la Colere*, où ce Philoſophe dit, qu'on n'a aucun égard à la dépoſition d'un Témoin, ſi elle n'eſt accompagnée du Serment : *De parvulâ ſummâ judicaturo tibi res ſine teſte non probaretur ; teſtis, ſine jurejurando, non valeret.* Lib. II. Cap. 29. Tout ce donc que *Conſtantin* établit de nouveau, ce fut qu'on fit jurer les Témoins avant que d'exiger leur dépoſition : *Jurisjurandi religione teſtes, prius quàm perhibeant teſtimonium, jamdudum arctari præcipimus.* COD. Lib. IV. Tit. XX. *De Teſtib.* Leg. IX. C'eſt auſſi l'opinion de JAQUES GODEFROI, dans ſon Commentaire ſur le CODE THEODOSIEN, Tome IV. *page* 322. où néanmoins il ne prononça pas déciſivement, parce que le paſſage de SENEQUE, qu'on vient de lire, lui avoit échappé. Quoiqu'il en ſoit, il eſt certain d'ailleurs, que ce fut depuis les Empereurs Chrétiens que l'uſage du Serment s'introduiſit dans la plûpart des affaires de la Vie. Comme les Eccléſiaſtiques s'emparerent adroitement du droit de juger de la validité des Sermens, ils attirerent à eux par ce moyen la connoiſſance de preſque toutes les Cauſes Civiles. On ſçait auſſi que le Pape s'eſt ingeré de caſſer les Traitez jurez le plus ſolennellement, comme fit *Eugene IV.* en faveur de *Ladiſlas*, Roi de *Hongrie*, par rapport au Sultan *Amurath II.* & d'abſoudre les Sujets du Serment de fidelité qu'ils avoient prêté à leurs légitimes Souverains. En un mot les Eccleſiaſtiques n'ont rien oublié à cet égard, non-plus qu'en toute autre choſe, pour affermir & augmenter leur domination, ſous prétexte du *Spirituel*, dont ils ont étendu le reſſort auſſi loin qu'ils ont pû, & diminué à proportion celui du *Temporel*, qu'ils ne laiſſoient qu'à regret aux Magiſtrats & aux Princes.

# CHAPITRE III.

## *Du* Droit des Hommes sur les Choses, *ou les biens du monde.*

Les *Choſes*, ou les biens du monde, ſont l'objet de la plus grande partie du Droit.

§. I. TELLE eſt la conſtitution du Corps Humain, qu'il ne ſçauroit ſe conſerver uniquement par la vertu propre & interne de ſa ſubſtance, mais qu'il a beſoin de diverſes Choſes extérieures pour ſe nourrir, & pour ſe mettre à couvert de ce qui pourroit détruire la liaiſon & le bon état de ſes parties. Il y a même une infinité de *Choſes extérieures*, qui ſervent à rendre la Vie plus commode & plus douce; deſorte qu'en un ſens *les Biens* (1) *ſont, pour ainſi dire, l'ame des pauvres Mortels*, comme le remarque un ancien Poëte Grec. C'eſt là-deſſus que roulent la plûpart des affaires que l'on a enſemble dans le commerce de la Vie : c'eſt auſſi une ſource féconde de conteſtations & de procez, qui ne peuvent que troubler le repos du Genre Humain. La Loi Naturelle devoit donc travailler à les prévenir, en preſcrivant certaines régles touchant L'USAGE DES CHOSES, ou des biens du monde. Il n'y a rien auſſi ſur quoi les Loix Civiles de la plûpart des Peuples entrent dans un plus grand détail.

Pour bien développer une matiere ſi importante, il faut d'abord examiner, en vertu dequoi le Genre Humain diſpoſe des autres Créatures, ſans en excepter les Animaux, pour fournir à ſes beſoins, ou même à ſes commoditez & à ſon plaiſir; & quel eſt le fondement de ce droit, ſoit par rapport au Créateur, ſoit par rapport aux Choſes mêmes dont l'Homme ſe ſert juſqu'à en conſumer & en détruire pluſieurs.

C'eſt avec la permiſſion de Dieu que l'Homme ſe ſert des autres Créatures.

§. II. DIEU, en qualité de Créateur & de Conſervateur de l'Univers, eſt ſans contredit le Maître abſolu des choſes qui y ſont renfermées, & elles lui appartiennent toutes d'une façon ſi particuliere, que perſonne ne peut y rien prétendre contre ſa volonté. Ainſi, à cet égard, le droit des Hommes ſur les autres Créatures n'eſt qu'*un* (1) *uſufruit*, ſelon la penſée d'un ancien Philoſophe (a) Juif. Mais comme DIEU n'a beſoin d'aucune choſe hors de lui-même, & que rien n'eſt capable d'augmenter le moins du monde la félicité parfaite de cet Etre Souverain; il a bien voulu permettre que ſes Créatures retiraſſent quelque utilité les unes des autres, & ſa Bonté infinie eſt ſurtout allée ſi loin envers le Genre Humain, qu'elle a donné lieu de croire, comme on fait ordinairement, que tout a été créé pour l'uſage des Hommes. Cela n'empêche pourtant pas qu'il n'y ait toûjours une grande différence entre le droit de DIEU ſur toutes les Choſes de l'Univers auſquelles il a donné l'exiſtence, & celui que les Hommes ont ſur les autres Créatures : car rien n'eſt plus vain que ce raiſonnement d'un ancien Philoſophe Cynique (b) *Tout appartient aux Dieux : les Dieux ſont amis des Sages : entre Amis tout eſt commun : Donc tout appartient au Sage*. Il y a auſſi

(a) *Philon*, dans le Traité des *Chérubins*, où il traite au long de cet Empire ſouverain du Createur. Voyez pag. 97. E. *Edit. Genev.* (pag. 119. *& ſeqq. Edit. Pariſ.*)

(b) *Diogene*, apud *Diogen. Laërt.* Lib. VI. §. 37. ubi vid. *Menag.*

CHAP. III. §. I. (1) Χρήματα γὰρ ψυχὴ πέλεται δειλοῖσι βροτοῖσι.
HESIOD. *Oper. & Dier.* verſ. 686. *Edit. Cleric.* Voyez la Note 1. de GRONOVIUS ſur GROTIUS, Lib. II. Cap. I. §. 11. page 175, 176. de mon Edition Latine.

§. II. (1) SENEQUE s'eſt ſervi de cette idée, comme le remarque ici Mr. HERTIUS : *Uſusfructus noſter eſt, cujus tempus ille arbiter muneris ſui temperat.* Conſol. ad Marc. *Cap.* X. Pour le paſſage d'EURIPIDE, que Mr. *Hertius* y joint, outre qu'il donne une idée un peu différente, l'Auteur l'a déja cité dans le Chap. ſuivant, §. 1.

beaucoup de préſomption dans la penſée de ceux qui ſoûtiennent, que (c) bien des choſes ſeroient entierement inutiles, ſans l'uſage que l'Homme en tire : d'où ils concluent, que tout lui appartient ; enſorte que, ſelon eux, il n'eſt rien au monde dont le Genre Humain pris en général ne puiſſe dire; *Cela eſt à moi.* Il me ſemble (2) au contraire, que ſi DIEU n'avoit voulu créer préciſément que ce qui ſeroit propre à l'uſage des Hommes, il pouvoit conſtruire à beaucoup moins de frais, ſi j'oſe ainſi parler, la grande machine de l'Univers. *Nous nous flattons un peu trop* (3), diſoit trèsbien un ancien Philoſophe, *de croire que tant de mouvemens ne ſe faſſent que pour nôtre utilité.* Quoiqu'il en ſoit, il eſt du moins conſtant, que DIEU veut bien que l'Homme ſe ſerve des autres Créatures; & cela paroît clairement par l'impoſſibilité où nous ſommes de ſubſiſter ſans le ſecours de ces Créatures, dont quelques-unes s'offrent, pour ainſi dire, d'elles-mêmes à nos beſoins. Car comme c'eſt de DIEU que nous tenons la Vie, il faut croire certainement qu'il nous a auſſi accordé l'uſage de toutes les choſes ſans quoi ce préſent de ſa liberalité infinie ne peut être conſervé (d). Ajoûtez à cela l'autorité inconteſtable des Ecrivains Sacrez, qui nous enſeignent formellement (e) que DIEU a donné pouvoir aux Hommes, non ſeulement ſur les Végetaux, mais encore ſur les Animaux qui vivent ou dans l'Air, ou ſur la Terre, ou au milieu de la Mer. Il ſemble même donner là-deſſus un ordre poſitif: *Dominez*, dit-il, *ſur les Poiſſons de la Mer*, *ſur les Oiſeaux des Cieux*, &c. Ce qui pourtant ne doit être regardé que comme une ſimple conceſſion & un privilege dont on peut ſe ſervir autant qu'on le juge à propos, ſans être tenu indiſpenſablement d'en faire un uſage perpétuel; autrement on pécheroit, toutes les fois, par exemple, qu'on lâcheroit une Bête, ou qu'on laiſſeroit paſſer l'occaſion de la réduire ſous ſa puiſſance; ce qui eſt manifeſtement abſurde. (4) La défenſe que DIEU fit aux *Iſraëlites*, de manger de certains Animaux, ne diminue rien du droit que les Hommes ont naturellement ſur les Bêtes: car cette prohibition ſemble fondée ſur des raiſons de (5) Médecine. Pour ce qui regarde *Adam*, les (f) anciens Docteurs Juifs

(c) Voyez *Ariſtot.* Politic. Lib. I. Cap. VIII. pag. 304. C. Edit. Pariſ. *Lucien. Promoth.* pag. 181. Tome I. Edit. Amſtel.

(d) Voyez *Arrian. Diſſ. Epiƈtet.* Lib. I. Cap. XVI. *init.*

(e) *Geneſ. I*, 28, 29. Voyez auſſi *Pſeaume* CXV, 16.

(f) Voyez *Selden, de Jur. Nat. & G. ſecund. Hebr.* Lib. VII. Cap. I.

(2) Voyez le Livre Anglois de Mr. BOYLE, intitulé *Diſſertation ſur les Cauſes finales des choſes Naturelles*, ou bien l'Extrait qu'on en trouve dans la BIBLIOTHEQUE UNIVERSELLE, Tome IX. page 63. & ſuiv. comme auſſi le Traité *de origine Mali*, par Mr. KING, Evêque de *Londonderri*, & depuis Archevêque de *Dublin*, Cap. IV. Sect. II. §. 5.

(3) *Nimis nos ſuſpicimus, ſi digni nobis videmur, propter quos tanta moveantur.* SENEC. *De Ira*, Lib. II. Cap. XXVII. MONTAGNE dit quelque choſe de fort ſemblable, dans ſes *Eſſais*, Liv. II. Chap. XII. page 137. *Edit. de Londres.* (Tome II. pag. 235, 236. *Edit. de la Haye* 1727.) „ Qu'il me face entendre par l'effort „ de ſon diſcours ſur quels fondemens il a baſty ces „ grands avantages, qu'il penſe avoir ſur les autres „ Créatures. Qui lui a perſuadé, que ce branle ad„ mirable de la voute celeſte, la lumiere éternelle „ de ces flambeaux roulans ſi fiérement ſur ſa teſte, „ les mouvemens eſpouvantables de ceſte mer infinie, „ ſoyent eſtablis & ſe continuent tant de ſiecles, pour „ ſa commodité & pour ſon ſervice „ ? Voyez encore CHARRON, *de la Sageſſe*, Liv. I. Chap. XL. num. 3, 4, 5. *Edit. de Rouen* ; & Chap. VII. *Edit. de Bourdeaux.* Mr BAYLE, dans ſes *Penſées ſur la Comete*, pag. 226. cite un autre paſſage de SENEQUE, où ce Philoſophe dit, qu'à la verité les ſoins de la Providence deſcendent juſqu'à nous, & que nous y entrons pour notre part; mais que leur but eſt bien autrement conſidérable que notre conſervation. *Et quamquam majus illis* [*Soli, Lunæ & ceteris cœleſtibus*] *propoſitum ſit, majorque actûs ſui fructus, quàm ſervare mortalia : tamen in noſtras quoque utilitates à principio rerum præmiſſa mens eſt, & is ordo mundo datus, ut appareat curam noſtri non inter ultima eſſe habitam.* De Benefic. *Liv.* VI. *Cap.* XXIII.

(4) Il y avoit ici une remarque, ajoûtée dans les dernieres Editions, que j'ai renvoyée à la fin du paragraphe, où elle eſt beaucoup mieux placée.

(5) Cela eſt un peu douteux, quoiqu'en diſent d'autres Auteurs, par exemple, Mr. FLEURY, dans ſon Traité des *Mœurs des Iſraëlites*, page 70. *Edit. de Hollande.* Les Iſraëlites n'avoient pas un meilleur tempérament, ni une ſanté plus vigoureuſe que les Nations qui mangeoient des viandes, dont ils s'abſtenoient. Il y a plus d'apparence, que les défenſes de la Loi à cet égard étoient fondées ſur des raiſons de Politique, qui avoient du rapport aux idées ou aux opinions des *Iſraëlites*, & à la conſtitution de leur République. Voyez la Note de Mr. LE CLERC ſur *Levit.* XI, 2. & GROTIUS, *de Verit. Rel. Chriſt.* Liv. V. §. 9. Quoiqu'il en ſoit, quelque motif qu'on attribue au Légiſlateur, comme cette Loi étoit uniquement de Droit Poſitif, elle ne détruit nullement le droit naturel de l'Homme ſur les Bêtes, & ſur toutes les autres Créatures de la Terre.

croyoient que Dieu lui avoit aſſigné pour unique nourriture les Herbes & les Fruits (g) de la Terre ; mais qu'enſuite il permit (h) à *Noé* de manger de la chair des Animaux, lui ordonnant ſeulement de s'abſtenir de leur ſang, & de tout membre arraché à une Bête vivante (i). Un Auteur Anglois, qui rapporte ceci, ajoûte pourtant, que le ſang des Poiſſons n'étoit point compris dans cette défenſe, & qu'on pouvoit même, non ſeulement les manger tout vivans, comme on avale les Huitres, mais encore lorqu'ils étoient morts d'eux-mêmes ; deux choſes abſolument défendues au ſujet des Animaux Terreſtres, qu'il n'étoit permis de manger ni en vie, ni morts d'eux-mêmes.

(g) *Geneſ. I*, 29.
(h) *Geneſ. IX*, 3.
(i) Voyez *Deut. XII*, 20.

Au reſte, il y a une grande différence entre le pouvoir de l'Homme ſur les Bêtes, & celui qu'il peut légitimement exercer ſur les autres Hommes ; car, outre que le premier n'impoſe aux Bêtes aucune Obligation de ſe ſoûmettre à la volonté des Hommes, il eſt auſſi infiniment plus abſolu que l'autre.

L'Homme ne fait aucun tort aux *Végetaux*, en les conſumant.

§. III. Si nous conſidérons enſuite ce pouvoir du Genre Humain, par rapport aux Choſes mêmes, ſoit Animées ou Inanimées, dont on ſe ſert, & que l'on détruit quelquefois entierement ; nous trouverons qu'en cela on ne leur fait aucun tort. Pour en être convaincu, il ne faut que faire réfléxion à la nature de l'Homme. En effet, il ne paroît nullement vraiſemblable que le Créateur infiniment Bon & infiniment Sage ait mis l'Homme, c'eſt-à-dire, le plus noble des Animaux, dans la triſte néceſſité de ne pouvoir ſe conſerver ſans faire du tort à quelque autre Créature, & par conſéquent ſans pécher. D'ailleurs, la permiſſion expreſſe de Dieu ſuffiroit pour diſſiper tous les ſcrupules que l'on peut avoir là-deſſus. (1) Mais approfondiſſons un peu plus cette matiere.

A l'égard des *Végétaux*, & des autres choſes deſtituées de ſentiment, il ne paroît rien que de très-innocent dans le plein-pouvoir avec lequel les Hommes en diſpoſent à leur gré ; car, outre que la plûpart de ces choſes ne ſeroient pas venues en nature ſans le travail & l'induſtrie des Hommes, on ne ſauroit s'imaginer, avec la moindre apparence de raiſon, qu'en les conſumant on leur cauſe aucune douleur : & d'ailleurs, elles n'auroient pas laiſſé d'être détruites ſans cela ou par les (2) Bêtes, ou par le retour prochain d'une autre ſaiſon de l'Année. Ainſi la ſuperſtition ridicule des *Egyptiens* (a) touchant l'abſtinence de certains Légumes, ne mérite pas d'être réfutée.

(a) Voyez *Diod. Sicul.* Lib. I. Cap. LXXXIX.

Mais pour les *Bêtes*, qui ſont des Etres douez de ſentiment, & auſquels on cauſe de la douleur quand on les tue, il ſemble qu'il y ait de la cruauté à le faire. Sur quoi il ſuffiroit de dire, que c'eſt-là le ſort auquel elles ſont ſoûmiſes par la volonté du Créateur, & qu'ainſi, ſoit qu'on appelle commandement, ou ſimple permiſſion le pouvoir que Dieu a donné ſur elles à tous les Hommes, ils ne leur font aucun tort d'uſer de ce droit. Cependant, comme bien des gens, nonobſtant cela, ne trouvent pas la choſe tout-à-fait ſans difficulté, à en juger par la Raiſon toute ſeule ; il eſt bon d'examiner en détail ce qu'ils alléguent.

Difficultez que l'on propoſe ſur *la liberté de tuer & de manger des Animaux.*

§. IV. Il eſt vrai, diſent-ils, que le Créateur donna au premier Homme l'empire ou la domination ſur les Bêtes ; mais il ne s'enſuit pas de là néceſſairement, qu'il lui ait accordé ſur elles un pouvoir illimité, & le droit de les tuer quand il lui plairoit,

§. III. (1) J'ai tranſpoſé encore ici quelques périodes, qui étoient dans un grand déſordre, comme on s'en appercevra aiſément, ſi l'on compare la Traduction avec l'Original.

(2) L'Auteur diſoit ici fort plaiſamment, dans toutes les Editions ; *par les autres Bêtes.* Mr. Hertius à laiſſé paſſer cette groſſiére bévuë dans ſon Edition de 1706.

(a) Voyez *Grotius,* ſur *Geneſ. IX,* 3. *Selden*, *de Jur. Nat. & G. ſecund. Hebr.* Lib. VII. Cap. I.

ſans que les néceſſitez de la Vie le demandent (a). L'Homme domine auſſi quelquefois ſur ſes ſemblables ; il ne peut pourtant jamais exercer ſur eux un pouvoir ſi abſolu. D'ailleurs, ſuppoſé que DIEU ne nous ait pas permis de tuer aucune Bête, du moins de celles dont nous n'avons rien à craindre pour nôtre vie, nous ne ſaurions raiſonnablement nous plaindre que la Bonté Divine ait été peu libérale à nôtre égard, ou que DIEU ait pourvû à nos beſoins avec trop d'économie ; car les ſervices que nous tirons des Bêtes pour la culture de la Terre, & les revenus qu'elles fourniſſent d'ailleurs, comme le Lait, les Oeufs qui ne ſont pas néceſſaires pour la propagation de l'eſpéce, & autres choſes ſemblables, ſuffiroient abondamment pour nous faire ſubſiſter. Il eſt vrai encore, que DIEU commanda autrefois de lui immoler certains Animaux, comme une partie du Culte religieux qu'on devoit lui rendre ; mais cela ne prouve pas non-plus, que DIEU ait permis à l'Homme de les tuer & de les manger, toutes les fois que bon lui ſembleroit : car ce qui n'eſt fondé que ſur un commandement ou un privilége particulier, peut demeurer illicite en tout autre cas. Auſſi voyons-nous que la plûpart des Anciens Philoſophes ont déſapprouvé hautement la coûtume de tuer les Bêtes. Et au fond, eſt-il juſte, pour ſe procurer à ſoi-même un plaiſir entierement ſuperflu, d'ôter à une pauvre Bête, qui ne nous fait aucun mal, la vie qu'elle tient de nôtre Créateur commun ? En vain allégue-t-on, pour ſe juſtifier, l'exemple des Lions, des Loups, & des autres Bêtes carnacieres ; car ces ſortes d'Animaux n'aiment pas turellement les fruits de la Terre ; il leur faut de la chair pour aſſouvir leur appetit. Mais il n'en eſt pas de même de l'Homme, il peut fort bien ſe nourrir d'autres viandes, & d'ordinaire même ſon eſtomac ne ſauroit (1) ſouffrir la Chair, ſi elle n'eſt cuite ou aſſaiſonnée. On a auſſi remarqué, que les Bêtes carnacieres ont les dents de devant longues, pointues, & ſéparées l'une de l'autre, ſans doute afin de les pouvoir bien enfoncer dans la chair qu'elles doivent déchirer : au lieu que l'Homme a toutes ſes dents courtes, ſerrées, & larges, comme celles des autres Animaux qui vivent de Fruits & d'Herbes ; d'où vient que nous avons beſoin de Coûteau pour couper la Viande, inſtrument qui n'eſt nullement néceſſaite aux Bêtes qui ſe nourriſſent de proye. On voit encore que les Enfans, qui ſuivent uniquement les impreſſions de la Nature, aiment mieux les Fruits que toute autre choſe ; enſorte qu'ils préférent, par exemple, des Ceriſes, des Pommes, ou des Noix, à la Chair la plus délicate ; la Nature n'étant pas encore corrompue en eux, ni leur appetit dépravé par une mauvaiſe habitude (b). A toutes ces raiſons on peut en ajoûter d'autres, qui ſemblent prouver qu'on ne doit ni manger ni tuer les Bêtes. Il eſt certain que les premiers Hommes s'accoutumerent par-là inſenſiblement à la Cruauté, ou fortifierent le panchant qu'ils y avoient déja ; deſorte qu'après en avoir fait apprentiſſage ſur les Bêtes, ils tournerent enſuite leurs armes contre leurs ſemblables. Ceux qui ſe divertiſſoient à tuer des Bêtes qui ne leur faiſoient aucun mal, en venoient aiſément à employer le fer contre les Hommes mêmes, lorſqu'ils en trouvoient quelqu'un d'aſſez foible pour être hors d'état de repouſſer leurs inſultes (c). PYTHAGORE défendoit de tuer les Bêtes, (2) *parce*, diſoit-il,

(b) Voyez *Ant. Le Grand*, Inſtit. Philoſ. Carteſ. Part. VI. Art. III.

(c) Voyez *Grotius,* ſur *Geneſ.* XLVI. 34. *Plato,* in *Tim.* ſub fin.

§. IV. (1) Il y a, remarquoit enſuite notre Auteur, des Sauvages qui mangent de la Chair crue, & des Poiſſons en vie ; comme le rapporte ROCHEFORT des habitans du Détroit de *Davis*, dans ſa *Deſcription des Antilles*. Part. I. Chap. XVIII. Le même Auteur raconte, Part. II. C. XI. que certains Peuples du *Perou* ne mangent d'aucune ſorte de Chair, & que, ſi on leur dit d'en goûter ſeulement un morceau, ils répondent qu'ils ne ſont pas des chiens.

(2) Τȣ̃τον γὰρ καὶ τὸ φονεύειν ἀπαγορεύειν, μὴ ὅτι γε ἀπ[...]εσθαι τῶν ζώων, κοινὸν δίκαιον ἡμῖν ἐχόντων ψυχῆς. καὶ τόδε μὲν ἦν τὸ πρόσχημα· τὸ δ᾽ ἀληθὲς, τῶν ἐμψύχων ἀπηγόρευεν

*que leur Ame a un droit commun avec nous. C'étoit-là*, ſelon Diogene Laerce, *la raiſon ſur quoi ce Philoſophe vouloit paroître fonder ſa maxime : mais dans le fond il avoit en vûe d'accoûtumer les Hommes à ſe contenter de peu, & à ne ſe nourrir que de choſes aiſées à trouver : deſorte que, comme l'Eau, qu'il ordonnoit de boire toute pure, ne manque nulle part, ils n'euſſent pas non-plus beſoin de Feu pour apprêter leur manger : ſobrieté, qui*, ſelon lui, *eſt très-propre à entretenir la Santé, & à rendre l'Eſprit vif & pénétrant* (3).

Ces difficultez ne ſuffiſent pas pour détruire le droit qu'on a ſur les Bêtes.

§. V. Pour moi, j'approuve de tout mon cœur ce qu'il y a dans ces raiſons, qui tend à inſpirer l'amour de la Tempérance & de la Frugalité, & à empêcher que les Eſprits animaux ne s'émouſſent par une nourriture trop ſucculente. Mais il ne laiſſe pas d'y avoir des preuves ſuffiſantes, tirées de la choſe même, qui nous perſuadent que ce n'eſt pas un crime de tuer & de manger des Bêtes. La plus forte de ces preuves, c'eſt, à mon avis, qu'il n'y a & qu'il ne peut y avoir naturellement aucun Droit ni aucune Obligation (1) commune aux Hommes & aux Bêtes. En effet, la Loi Naturelle ne nous ordonne pas de vivre en ſociété & en amitié avec les Bêtes, & elles ne ſont pas d'ailleurs ſuſceptibles, par rapport aux Hommes, d'une Obligation fondée ſur quelque Engagement. Or ce défaut de droit commun produit une eſpece d'état de Guerre, en vertu duquel, lorſqu'on peut ſe faire du mal réciproquement, & que l'un des Ennemis craint avec quelque apparence que l'autre n'en ait la volonté, il peut le traiter comme il le juge à propos (2). Cet état de Guerre paroît manifeſtement dans les Bêtes féroces, qui ſe jettent ſur les Hommes & les déchirent toutes les fois que l'occaſion s'en préſente. Ainſi vouloir qu'on épargnât ces ſortes de Bêtes, ce ſeroit rendre la condition des Hommes plus malheureuſe que celle des Animaux deſtituez de Raiſon. A l'égard des Bêtes qui s'apprivoiſent, ſi elles ſemblent ſe ſoû-

ἀπέχεσθαι, συνασκῶν καὶ συνεθίζων εἰς εὐκολίαν βίου τοὺς ἀνθρώπους. ὥστε εὐπορίστους αὐτοῖς εἶναι τὰς τροφὰς, ἄπυρα προσφερομένοις, καὶ λιτὸν ὕδωρ πίνουσιν. ἐντεῦθεν γὰρ καὶ σώματος ὑγίειαν καὶ ψυχῆς ὀξύτητα περιγίνεσθαι. Diogenes Laert. Lib. VIII. §. 13. Voyez la Harangue de *Pythagore*, dans Ovide, Metam. Lib. XV. verſ. 75. & *ſeqq.* Lucien, dans *le Songe, ou le Coq*, pag. 174. Tom. II. fait dire à ce Philoſophe, que s'il avoit défendu de manger de la Chair, ou des Féves, ce n'étoit que pour ſe ſingulariſer. Voyez Jo. Scheffer. *De Philoſoph. Italic.* Cap. XIV. Toutes citations de l'Auteur.

(3) Voyez encore Plutarque dans le Traité, *Que les Bêtes ont de la Raiſon*, & dans les Diſcours *de eſu carnium ;* Aratus, *in Phænomeni* ex verſione *Germanici*, verſ. 135. Plin. *Hiſt. Natur.* Lib. VIII. Cap. XLV. Valer. Maxim. Lib. VIII. Cap. I. *inter damnatos*, num. 8. Sueton. *in Domitiam.* Cap. IX. Ælian. *Var. Hiſt.* Lib. V. Cap. XIV. Dio. Chrysostom. Orat. LXIV. pag. 592 Edit. Morell. Cicer. *de Natur. Deor.* Lib. II. Cap. LX. *& ſeqq.* Aloys. Codamust *Navigat.* Cap. LVII. LX. Diodor. Sicul. Lib. III. Cap. XXXII. pag. 165. C. Edit. Rhodomann. Strab. Lib. XV. pag. 1039. B. Edit. Amſt. Bern. Varenius, *in Deſcript. Japon.* Cap. XXIII. Plutarch. *Sympoſiac.* Lib. IV. Cap. IV. & Lib. VIII. Cap. VIII. Xiphilin, au ſujet des *Calédoniens*, *Epitom. Dion.* in Severo : Porphyr. περὶ ἀποχῆς : Abraham Roger, *de Braminibus*, Part. I. Cap. I. & XVIII. Philipp. Baldæus, *Deſcript. Inſ. Ceylon*, Cap. XLVII. Rochefort, *Deſcript. Antill.* Part. II. Cap. VIII. Voilà un tas de citations fort inutiles, qui nous apprennent ſeulement ce que diverſes perſonnes & divers Peuples ont penſé ſur l'uſage des Viandes. Comme l'Auteur cite tout du long la plûpart de ces paſſages, ils font une grande page de l'Original, où cela forme un étrange cahos, dont j'ai dû débarraſſer ma Traduction.

§. V. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. III. §. 2. & Grotius, Liv. I. Chap. I. §. 11. Je me ſouviens d'un paſſage de Ciceron, où l'on tire formellement cette conſequence. *Homini nihil juris eſſe cum beſtiis. Præclarè enim* Chryſippus, *cetera nata eſſe hominum cauſâ, & Deorum : eos autem, communitatis, & ſocietatis ſuæ ; ut beſtiis homines uti ad utilitatem ſuam poſſint ſine injuria.* De finib. bonorum & malor. *Lib.* III. *Cap.* XX. Ajoûtons encore un beau paſſage du même Auteur, où le droit de l'Homme ſur les Bêtes & ſur les autres Créatures, eſt établi. *Itaque ad hominum commoditates & uſus, tantam rerum ubertatem Natura largita eſt, ut ea, quæ gignuntur, donata conſultò nobis, non fortuitò nata videantur : nec ſolùm ea, quæ frugibus, atque baccis, terræ fœtu profunduntur, ſed etiam pecudes : quòd perſpicuum ſit, partim eſſe ad uſum hominum, partim ad fructum, partim ad veſcendum procreatas.* De Legib. *Lib.* I. *Cap.* VIII.

(2) Depuis cet endroit juſqu'à la fin du paragraphe, j'ai été obligé de bouleverſer preſque toutes les periodes de l'Original, à cauſe de l'extrême négligence avec laquelle l'Auteur y a enchaſſé quelques Additions.

mettre au joug des Hommes, pour les uſages de la Vie, ce n'eſt point par un principe d'Obligation, mais par les amorces de la mangeaille, ou par l'effet d'une force ſupérieure. Hors de là elles tâchent toûjours de ſe mettre en liberté, & quelquefois même elles la vendent bien cher à ceux qui veulent la leur ravir. Il y a auſſi certaines ſortes de Bêtes, qui multiplient ſi fort, que ſi l'on n'en tuoit un grand nombre, les Hommes ne trouveroient pas où loger commodément (a). Il n'eſt pas inutile non-plus de remarquer, que celles qui ne ſont pas malfaiſantes étant ſouvent expoſées à devenir la proye des Bêtes féroces ou de quelque Oiſeau de proye, le pouvoir que les Hommes exercent ſur elles leur eſt avantageux plûtôt que déſavantageux, en ce qu'ils ont ſoin de leur fournir dequoi manger, & de les défendre contre les inſultes des autres Bêtes; par où ils les dédommagent en quelque maniere de ce qu'ils les doivent tuer un jour (3).

(a) Voyez *Exod. XXIII*, 29. & *Deuter. VII*, 22. *Gaſſend. Synt. Philoſoph. Epicur.* Part. III. Cap. XXVII.

Or qu'il n'y ait point de droit commun aux Hommes & aux Bêtes, on l'a démontré il y a long-tems. Et c'eſt-là, pour le dire en paſſant, la raiſon pourquoi la Proprieté des biens n'a ſon effet que par rapport aux Hommes, & non pas par rapport aux Bêtes, qui ne nous font aucun tort en ravageant nos poſſeſſions (4). A cauſe de quoi Nôtre Seigneur (b) JESUS-CHRIST dit, que DIEU *nourrit les Oiſeaux*, lors même qu'ils mangent les grains que la Terre produit par un effet de nôtre travail. Tout ce qu'il y a, c'eſt que quand une Bête, faute d'être bien gardée, vient à faire du dégât dans les terres de quelqu'un, celui-ci reçoit par-là ou une injure, ou un ſimple dommage, ſelon qu'il y a de la malice ou de la négligence de la part du Proprietaire. Mais ſi les Bêtes elles-mêmes ont, pour ainſi dire, plein droit de ſe ſaiſir de ce qui nous appartient, nous pouvons, à plus forte raiſon, les repouſſer avec le même droit, de toutes ſortes de manieres.

(b) *Matth. VI*, 26.

Il faut remarquer cependant, qu'il y a une grande différence entre l'état de Guerre où les Hommes ſont toûjours par rapport aux Bêtes, & celui où ils ſe trouvent quelquefois entr'eux: car le dernier n'eſt ni univerſel, ni perpétuel, ni accompagné d'une licence ſans bornes.

Il ne ſera pas inutile de réfuter encore ici une Objection de ceux qui pretendent, que

(3) Ajoûtons encore deux reflexions que nous fournit Mr. LE CLERC, dans ſa *Phyſique*, Lib. IV. Cap. XII. §. 15. 1. Les Bêtes que l'on tuë, mourroient d'elles-mêmes peu d'années après; & quand elles meurent, leur Ame meurt, auſſi-bien que leur Corps; deſorte qu'elles ne perdent rien par la mort. Il y a certainement de la cruauté à priver un Etre qui a du ſentiment, d'une choſe dont il ſe ſent dépouillé, & dont la perte peut lui cauſer de la douleur; mais non pas à détruire un Etre, qui ne conſerve plus de ſentiment après ſa deſtruction. Ainſi l'on a raiſon de traiter de cruel un Homme qui en tue un autre, parceque les Ames Humaines ſurvivant au Corps, peuvent ſe trouver dans un tel état, qu'elles ſoient fâchées d'avoir été dépouillées de la Vie; mais les Bêtes étant une fois mortes ne ſentent plus rien, parceque leur ame périt en même-tems, de quelque maniere que cela ſe faſſe. 2. C'eſt être cruel, que de ſéparer du Corps d'un Animal une nature qui a du ſentiment & qui eſt utile à autrui pendant qu'elle eſt unie au Corps, comme cela arrive quand on tue un Homme dont la perte fait du tort à la Societé Humaine, dont il étoit Membre. Mais il n'y a point de cruauté à tuer un Animal qui ne ſert de rien aux autres que quand il eſt mort, & qui même leur feroit du Mal s'il vivoit. Car il eſt certain, que ſi l'on ne tuoit point de Bêtes, leur grand nombre ne pourroit qu'être funeſte au Genre Humain. Toutes ces Raiſons prouvent invinciblement, que les Hommes ne font aucun tort aux Bêtes, en les tuant & les mangeant. Mais il ne ſera pas inutile de faire voir auſſi, après Mr. KING *de Origine Mali*, Cap. IV. Sect. V. §. 5. que les Bêtes ne peuvent point ſe plaindre de ce qu'elles ont été deſtinées par le Créatenr à ſervir de pâture aux Hommes. DIEU, dit-il, ne leur a donné la Vie que ſous cette condition, elles ne l'auroient pas eue ſans cela. Elles devroient donc, ſi elles en étoient capables, loüer le Créateur de qui elles la tiennent: car encore vaut-il mieux avoir pour quelque tems la Vie & le Sentiment, que d'être toûjours une matiere aveugle & deſtituée de toute connoiſſance. Outre que les Bêtes joüiſſent tranquillement du Préſent, ſans ſe ſouvenir du Paſſé, ni s'inquiéter de l'Avenir: & après tout, elles ſouffrent moins lorſqu'on les tue, que ſi elles mouroient de maladie ou de vieilleſſe.

(4) Voyez la *Nore* 1. ſur le paragraphe 4. du Chapitre ſuivant.

§. VI.

que de ce qu'il n'y a point de droit commun aux Hommes & aux Bêtes, il ne s'enſuit pas que les Hommes puiſſent les tuer & les manger : car, diſent-ils, quoique l'on ne faſſe point de tort aux Bêtes, on peut en faire à leurs Maîtres, & à celui qui les a créées, du moins tant qu'on n'eſt point aſſuré de ſon approbation. Mais cela ſeul que le Créateur n'a point établi de droit commun aux Hommes & aux Bêtes, prouve aſſez qu'on ne lui fait point de tort en maltraitant les Bêtes, puiſqu'il eſt lui-même l'auteur de cet état où les Hommes ſont naturellement par rapport aux Bêtes. D'ailleurs, autre choſe eſt de ſoûtenir que l'Homme fait du tort aux Bêtes, & autre choſe de dire qu'à l'occaſion ou par le moyen d'une Bête il fait du tort à quelqu'un de ſes ſemblables. J'accorde le dernier, mais je nie le premier.

Il ne faut pourtant pas abuſer de ce droit.

§. VI. JE ne doute pas non-plus, que l'abus du pouvoir qu'on a ſur les Bêtes, & principalement s'il ſe trouve accompagné d'une cruauté inſenſée, ne ſoit très-digne de blâme (1). Car comme il eſt de l'intérêt des Societez Civiles que les Citoyens ne faſſent pas un mauvais uſage de leur Bien, de même lorſqu'on tuë les Bêtes ſans la moindre néceſſité & par pur caprice, on cauſe en quelque façon du dommage à toute Societé Humaine, & l'on outrage en même tems le Créateur, à la libéralité de qui on eſt redevable d'une faveur auſſi conſidérable que le droit qu'on a ſur les autres Créatures. De là vient que DIEU avoit expreſſément défendu aux *Iſraëlites* (a), de faire travailler leur bétail le jour du Sabbat. Les *Athéniens* (b) puniſſoient ceux qui avoient écorché tout vif un Bélier. *Les Diſciples de* PYTHAGORE (2), *en traitant doucement les Bêtes, s'accoûtumoient à aimer les Hommes, & à avoir pour eux des ſentimens de compaſſion.* Un Philoſophe (c) *Chinois* donnoit pour maxime, *qu'un Roi ne doit permettre de pêcher qu'avec des Filets à grande maille, afin qu'en ne prenant ainſi que de gros Poiſſons, & laiſſant échapper les petits, il y en ait toûjours aſſez pour les beſoins de tout le monde. . . . C'eſt ce qui a fait introduire parmi les* Chinois *la coûtume de ne tuer aucune Bête qui ne ſoit venue auſſi groſſe que le doivent être naturellement celle de ſon eſpece.* Un ancien (d) Poëte dit, que *quand on prend les Oiſeaux d'un nid, il faut lâcher la mere afin qu'elle couve d'autres petits* (3).

(a) Voyez *Exod. XX,* 10. *XXIII,* 12. *Deut. V,* 14. *XXV,* 4. *Nombr. XXII,* 28. 32. *Proverb. XII*, 10. I. *Corinth. IX,* 9. Je ne vois pas ce que font ici ces deux autres paſſages, *Deut. XX,* 19. *Rom. VIII,* 19. *& ſuiv.*

(b) *Plutarch* Orat. I. *de eſu carnium*, Tome II. pag. 996. A.

(c) *Mentius,* apud *Martinium*, Hiſt. Sinicæ Lib. V.

(d) *Phocylid.* verſ. 80, 81. Voyez auſſi *Deut. XXII,* 6, 7. là-deſſus Mr. *Le Clerc.*

§. VI. (1) C'eſt apparemment ce que vouloit dire MARC ANTONIN, dans ce beau paſſage de ſes *Réfléxions*: Τοῖς μὲν ἀλόγοις ζώοις καὶ καθόλȣ πράγμασι καὶ ὑποκειμένοις, ὡς λόγον ἔχων, λόγον μὴ ἔχȣσι, χρῶ μεγαλοφρόνως καὶ ἐλευθέρως· τοῖς δὲ ἀνθρώποις, ὡς λόγον ἔχȣσι, χρῶ κοινωνικῶς. Lib. VI. Cap. XXXIII. C'eſt-à-dire ſelon la verſion de Mr. DACIER : » Sers-toi de tous les Animaux, & en général de toutes les autres choſes; ſers-t'en dis-je, noblement & librement, comme un Homme qui a de la raiſon doit ſe ſervir de ce qui n'en a point. Mais pour les Hommes, ſers-t'en ſelon les Loix de la Societé, comme on doit ſe ſervir de perſonnes raiſonnables. Voyez auſſi le *Sad-der*, *dans l'Hiſtoire de la Religion des Anciens Perſans*, par Mr. HYDE; *Part.* XXXVIII. & le *Mentor Moderne*, Diſcours LI. qui eſt le LXI. de l'Original Anglois. Au reſte, l'abus que l'on fait du pouvoir qu'on a ſur les Bêtes eſt d'autant plus criminel, qu'il en revient ſouvent du préjudice aux Hommes. C'eſt pour cela qu'une des Loix de *Triptoléme* défendoit *de tuer les Animaux dont on ſe ſert pour le labourage :* PORPHIR. *de abſtinent.* Lib. IV. §. 22. Et c'étoit un crime capital parmi les *Phrygiens*, au rapport de NICOLAS *de Damas*, Excerpt. Peireſc. page 517. Voyez GROTIUS, *Liv.* III. *Chap.* XII. §. 4. num. 2, 3.

(2) Οἱ δὲ Πυθαγόρειοι τὴν πρὸς τὰ θηρία πρᾳότητα μελέτην ἐποιήσαντο τȣ̃ φιλανθρώπȣ καὶ φιλοικτίρμονος. PORPHYRIUS *de abſtinentia*, Lib. III. Cap. XX. page 125. *Edit. Cantabrig.* 1655. Voyez le Comment. de Mr. LE CLERC ſur *Geneſ.* IX, 4. & ce que j'ai dit dans mon *Traité du Jeu*, Liv. III. Chap. V. §. 7.

(3) L'Auteur rapportoit ici un autre exemple, qui n'eſt pas fort à propos, puiſqu'il regarde un expédient dont *Alexandre Sévére* s'aviſa dans une occaſion particuliere, où il ne paroît pas qu'il y eût d'ailleurs aucun abus. Voici ce que c'eſt. Le Peuple de *Rome* ſe plaignant un jour de la cherté des vivres, l'Empereur fit demander *quelle ſorte de choſe on trouvoit les plus chéres? La Chair de Bœuf, & la Chair de Pourceau*, s'écrierent-ils tout auſſi-tôt. *Sévére* n'en rabaiſſa pourtant pas le prix; mais il défendit de tuer ni Truye ni Cochon de lait, ni Vache ni Géniſſe. Au bout de deux ans, ou environ, il y eut une ſi grande abondance de ces ſortes de viande, que la livre s'en vendoit trois fois moins qu'auparavant. LAMPRIDIUS *in Sever.* Cap. XXII.

# CHAPITRE IV.

## *De l'origine de la* Proprieté des Biens.

La *Proprieté* & la *Communauté des biens* ſont des Qualitez Morales.

§. I. Pour faire voir maintenant de quelle maniere ce pouvoir du Genre Humain ſur les autres Créatures a commencé de produire quelque effet en faveur de chacun par rapport aux autres Hommes (car les Hommes n'ont aucun droit de Proprieté qui puiſſe être oppoſé au droit ſouverain (1) de Dieu) ; pour expliquer, dis-je, comment de (2) ce droit general & indéterminé, il s'eſt formé un droit particulier, que l'on appelle Domaine ou Proprieté, en vertu dequoi une choſe appartient à telle ou telle perſonne plûtôt qu'à toute autre ; il faut neceſſairement chercher un autre principe. Mais avant que d'en venir là, il eſt bon de remarquer ici d'abord, que la *Proprieté & Communauté des biens* ſont des Qualitez Morales, qui ne ſuppoſent dans les choſes mêmes aucune modification phyſique & intrinſéque, mais qui produiſent ſeulement quelque effet moral par rapport à autrui ; deſorte que ces Qualitez, comme toutes les autres de même genre, doivent leur origine unique-

Ch.IV. §. I. (1) Οὔτοι τὰ χρήματ' ἴδια κέκτηνται βροτοὶ

Τὰ τῶν Θεῶν δ' ἔχοντες ἐπιμελούμεθα

Ὅταν δὲ χρήζωσ', αὐτὰ ἀφαιροῦνται πάλιν.

Euripid. *Phœniſſ.* verſ. 558. & *ſeqq.*

„Les Hommes ne poſſedent rien en propre, ils ne „ſont que les adminiſtrateurs des biens des Dieux, „qui les leur ôtent quand bon leur ſemble. Voyez Levit. XXV, 23. L'Auteur indiquoit ces paſſages. Voyez encore Pseaume XXIV, 1. L. 12. &c.

(2) Les Hommes par un effet de la conceſſion du Créateur & du Maître Souverain de l'Univers, ont naturellement plein-pouvoir de ſe ſervir des autres Créatures, autant qu'ils le jugent à propos, ſelon les lumieres de la Raiſon. S'il n'y avoit jamais eu qu'un Homme au monde, comme fut *Adam* pendant peu de tems, l'effet de ce pouvoir ſe ſeroit réduit à ceci, qu'il n'auroit rien fait de contraire à la volonté du Créateur, en diſpoſant à ſa fantaiſie de tout ce qui ſe ſeroit préſenté. Mais le Genre Humain devant ſe former & ſe perpétuer de génération en génération, du moment qu'il y eut plus d'un Homme, comme naturellement l'un n'avoit pas plus de pouvoir que l'autre ſur les Bêtes & les Créatures inanimées, chacun acquit un droit, en vertu duquel l'autre devoit le laiſſer joüir auſſi-bien que lui, de toutes ces choſes dont l'uſage étoit également accordé par leur Créateur commun. Quand quelqu'un trouvoit une choſe à ſon gré, du moment qu'il s'en étoit ſaiſi aucun autre ne devoit la lui ôter : mais auſſi ſuppoſé qu'elle fût de nature à ne pas ſe conſumer d'abord par l'uſage, il ne pouvoit lui-même ſe l'attribuer de telle ſorte que, lorſqu'il ne s'en ſerviroit plus, les autres lui fiſſent du tort s'ils s'en ſervoient à leur tour. Tant qu'il n'y eut que peu d'Hommes, & que l'on ſe contentoit des Fruits qui naiſſoient d'eux-mêmes, on n'avoit que faire de s'emparer de rien qu'autant qu'il le falloit pour le beſoin préſent : auſſi y a-t-il tout lieu de croire qu'on borneit là tous ſes ſoins & toutes ſes prétenſions. Juſques-là donc tout étoit *commun*. Mais lorſque le Genre Humain eût multiplié conſidérablement, & que l'on ſe fût aviſé de cultiver la Terre, & de chercher dequoi rendre la Vie plus commode & plus agréable ; il n'y avoit plus moyen de vivre dans cette communauté, il falloit ſe fixer à quelque choſe, & il étoit juſte que ce qui provenoit du Travail & de l'induſtrie de chacun lui fût affecté, enſorte que perſonne autre ne pût y rien prétendre ſans ſa permiſſion. Chacun s'empara donc de certaines choſes, à deſſein de les garder toûjours, & de ne s'en défaire que pour en diſpoſer en faveur de qui bon lui ſembleroit, ſoit de ſon vivant, ou en cas de mort ; à moins qu'il ne témoignât manifeſtement les abandonner & les remettre au premier occupant. C'eſt ainſi que s'établit la Proprieté des Biens, dont le caractere diſtinctif conſiſte dans cette *excluſion d'autrui pour toûjours* ; au lieu que quand tout étoit commun, les autres n'étoient exclus des choſes dont quelqu'un s'étoit ſaiſi, que pour peu de tems ; c'eſt-à dire, tant qu'il s'en ſervoit actuellement. Les Societez Civiles s'étant enſuite formées, les droits de la Proprieté furent affermis & modifiez en diverſes manieres, par une ſuite des Loix de la confédération. Voilà, ce me ſemble, dequoi donner en peu de mots une idée nette & exacte de cette matiere, ſur laquelle notre Auteur, quoique trop étendu, ne raiſonne pas toûjours aſſez juſte, & qui d'ailleurs a été fort embrouillée par de vaines ſubtilitez. Si l'on joint ceci avec la *Note* 4. du paragraphe 4. on aura des principes ſuffiſans pour en bien juger, & pour rectifier les penſées des Auteurs qui ont écrit là-deſſus. Voyez auſſi Chap. VI. §. 1. *Note* 1. Qu'il me ſoit permis au reſte de me féliciter ici de ce que Mr. Buddeus a témoigné approuver mes idées ſur cette matiere, dans ſa *Theologia Moralis*, page 530, 531. Ce ſuffrage, toûjours conſidérable par lui-même, l'eſt d'autant plus que l'Auteur déclare avoir changé de ſentiment.

ment à l'*inſtitution*. Ainſi mettre en queſtion, comme font quelques-uns, *ſi la Proprieté des biens vient de la Nature ou de l'Inſtitution ?* c'eſt ignorer une verité de la derniere évidence ; je veux dire, que la ſubſtance Phyſique des choſes ne reçoit aucun changement, ſoit qu'elles appartiennent à quelqu'un, ou qu'elles ceſſent de lui appartenir.

Ce que c'eſt que la *Communauté*, & la *Proprieté*.

§. II. IL faut encore ſe faire une juſte idée de ce que l'on appelle *Communauté*, ou *Proprieté* des biens. Le mot de *Communauté* ſe prend ici ou *en un ſens négatif*, ou *en un ſens poſitif*. Au *premier ſens* on entend par *Choſes communes*, celle à l'égard deſquelles il n'eſt point intervenu d'acte humain, par lequel on ait déclaré que déſormais elles appartiendroient en particulier à telle ou telle perſonne, enſorte qu'aucun autre n'auroit rien à y prétendre. D'où vient que ces ſortes de choſes ſont cenſées *n'être à perſonne*, dans un ſens négatif, plûtôt que dans un ſens privatif ; c'eſt-à-dire, qu'elles n'ont encore été aſſignées en propre à qui que ce ſoit, & non pas qu'elles ne puiſſent l'être jamais. On dit encore qu'elles *ſont* (a) *à tout venant, ou au premier venu*. Mais les *Choſes communes en un ſens poſitif* ne différent des *Propres* qu'en ce que celles-ci appartiennent à une ſeule perſonne, au lieu que les premieres appartiennent également à pluſieurs.

(a) *Res in medio quibuſvis expoſita*.

Pour le *Domaine* ou la *Proprieté* (car nous n'attachons à ces deux termes qu'une ſeule & même idée), c'eſt *un droit* (1) *en vertu duquel le fond & la ſubſtance d'une choſe appartient à quelqu'un, de telle ſorte qu'elle n'appartient à aucun autre, du moins entierement & de la même maniere.* Il y a pourtant des gens qui entendent par *Proprieté*, le droit ſéparé de l'uſufruit ou de la jouïſſance ; & par *Domaine*, le droit joint à l'uſufruit : mais cette différence ne s'obſerve pas toûjours. C'eſt auſſi une diſtinction trop ſubtile que celle de quelques autres, qui ſe ſervent du mot de *Proprieté* pour déſigner cette qualité que l'on conçoit dans les choſes mêmes, entant qu'on les conſidere comme appartenant à telle ou telle perſonne, excluſivement aux autres ; & de celui de *Domaine*, pour inſinuer le droit que chacun a de diſpoſer à ſa fantaiſie de ce qui lui appartient : droit qu'ils regardent comme l'effet de la Proprieté ; deſorte que ſelon eux le *Domaine* eſt attaché à la Perſonne, au lieu que la *Proprieté* réſide dans la choſe même (b). Mais il eſt faux que le *Domaine*, ainſi entendu, ſoit un effet de la *Proprieté* ; & ſi l'on vouloit abſolument ſuivre cette diſtinction, il faudroit dire tout le contraire ; car c'eſt en vertu du droit, qui eſt proprement attaché à la Perſonne, que les Choſes mêmes acquiérent enſuite une dénomination extérieure, qui eſt ce que l'on appelle *Proprieté*. Pour s'en convaincre, il ſuffit de faire réfléxion, qu'auſſi-tôt que ce droit vient à être éteint avec la perſonne, les choſes ceſſent d'appartenir en propre, ſans qu'il réſulte de là aucun changement dans leur ſubſtance ou dans leurs qualitez naturelles.

(b) Voyez *Caſp. Ziegler*, ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. II. §. 1.

Sans avoir donc égard à cette diſtinction, je dis qu'en vertu du *Domaine* ou de la *Proprieté*, chacun (2) peut diſpoſer à ſa fantaiſie de ce qui lui appartient en propre, & empêcher tous les autres de s'en ſervir, à moins qu'il ne leur en ait lui-même donné le droit par quelque Engagement particulier : ainſi, tant qu'une choſe eſt à quelqu'un, elle ne ſauroit être (3) entierement à un autre, de la même maniere qu'elle

§. II. (1) Voyez la *Note* 2. ſur le §. précédent, où l'on trouvera une définition plus naturelle & plus exacte. Celle de l'Auteur donne l'idée d'une ſorte particuliere de Proprieté, plûtot que de la Proprieté en général, conſidérée par oppoſition à la Communauté univerſelle.

(2) *Nam ſua quidem quiſque rei moderator atque arbiter*, &c. COD. *Lib.* IV. Tit. XXXV. *Mandati*, &c. Leg. XXI. Voyez l'*Ebauche de la Religion Naturelle*, par Mr. WOLLASTON, page 233, & *ſuiv.*

(3) *Et ait* [CELSUS filius], *duorum quidem in ſolidum dominium, vel poſſeſſionem eſſe non poſſe.* DI-

appartient au premier. Je dis, *de la même maniere :* car rien n'empêche, comme on le voit tous les jours, qu'une ſeule & même choſe n'appartienne à pluſieurs, qui en ſont maîtres chacun de différente maniere. Par exemple, l'*Etat* a un *Domaine* (4) *éminent* ſur une Terre qui eſt de ſa Juriſdiction; le *Proprietaire*, un *Domaine* (5) *Direct ;* & l'*Emphytéote* (6), un *Domaine Utile.* Je dis encore, *entierement :* car une ſeule & même choſe peut appartenir à pluſieurs de la même maniere, quoiqu'elle n'appartienne pas entierement à chacun d'eux, mais ſeulement ſelon ſa quotte-part; ce qui arrive à l'égard des biens (7) dont pluſieurs perſonnes jouïſſent enſemble par indivis avec le même droit de Proprieté.

Quelquefois auſſi on conçoit la Proprieté comme diviſée, pour ainſi dire, en pluſieurs petites parties, ou, ſi l'on veut, comme ayant pluſieurs degrez. C'eſt le fondement de la diſtinction commune entre *Proprieté pleine ou entiere*, & *Proprieté imparfaite ou limitée.* La *Proprieté pleine & entiere*, ou ſe trouve jointe avec le *Domaine éminent ou ſupérieur ;* & c'eſt ainſi que l'Etat ou ſes Chefs ſont maîtres des biens qui leur appartiennent, comme tels: ou elle en eſt ſéparée, & alors on l'appelle *Domaine* (c) *ſervant*, ou *Domaine privé*, qui conſiſte en ce que chaque Particulier a plein-pouvoir de diſpoſer de ſes biens à ſa fantaiſie, autant que l'uſage n'en eſt pas réglé & limité par les Loix Civiles. Pour ce qui regarde la *Proprieté imparfaite*, elle ſe forme, ou par une ſimple *reſtriction de l'exercice de la Proprieté*, c'eſt-à-dire, de l'adminiſtration & de la diſpoſition des biens; ou par quelque *retranchement des émolumens* qui les accompagnent; ou enfin par une *diminution du droit même de Proprieté.* Le premier de ces trois cas arrive, (8) lorſqu'en vertu d'une Convention ou d'un Teſtament, ou par l'autorité des Loix, il eſt défendu au Propriétaire, ſoit à cauſe de ſon état & de ſa condition, ſoit à cauſe de certaines qualitez de la choſe, ſoit pour quelque autre raiſon légitime, d'aliener un bien ou abſolument, (9) ou avec certaines reſtrictions, ſans que pourtant les autres acquiérent par-là aucun droit ſur ce bien (d). Les *émolumens de la Proprieté* ſont diminuez, lorſque ſans aucun Contract de Prêt ou de Loüage, un autre a l'uſufruit de nôtre bien, ou qu'il eſt ſujet à quelque *ſervitude* en vertu de laquelle un autre a droit d'en tirer certains uſages. Enfin, la *Proprieté* même eſt reſtreinte, lorſqu'on donne à autrui non ſeulement la pleine & entiere jouïſſance d'un bien qui eſt à nous; mais auſſi en quelque maniere le droit de l'aliener, & cela pour un aſſez long eſpace de tems. Celui qui retient la Proprieté ainſi limitée, & un droit principal ſur la choſe, eſt dit en avoir le *Domaine direct ;* & l'autre, qui ayant le droit de jouïſſance, participe à la Proprieté de la maniere que je viens de l'expliquer, eſt dit avoir le *Domaine utile* de cette choſe.

(c) *Dominium vulgare.*

(d) Voyez le Teſtament de *Theophraſte*, dans *Diog. Laërce*, Lib. V. §. 53. *Edit. Amſtel.*

GEST. *Lib.* XIII. *Tit.* VI. *Commodati vel contra*, Leg. V. §. 15.

(4) Voyez Liv. VIII. Chap. V. §. 7.

(5) L'Auteur explique, ſur la fin de l'*à-linea* ſuivant, ce qu'il faut entendre par *Domaine direct*, & *Domaine utile* : diſtinction des Juriſconſultes Modernes. Au reſte, le *Domaine utile* emporte au fond un plus grand droit que le *Domaine direct*, qui pendant que l'autre dure, eſt plûtôt un droit perſonnel qu'un droit réel; comme le remarque Mr. Titius, dans ſon *Jus privatum Romano-German.* &c. Lib. III. *Cap.* XI. §. 3.

(6) Voyez ci-deſſous, Chap. VIII. §. 3.

(7) Les Juriſconſultes Romains diſent, qu'en ce cas-là on ne peut concevoir dans la choſe aucunes parties diſtinctes dont chacun ſoit Proprietaire de la Choſe par indivis, quoiqu'il ne le ſoit qu'en partie : *Nec quemquam partis corporis dominum eſſe, ſed totius corporis pro indiviſo pro parte dominium habere.* Digest. Lib. XIII. Tit. VI. *Commod. vel contr.* Leg. V. §. 15.

(8) Voyez Institut. Lib. II. Tit. VIII. *Quibus alienare licet, vel non licet.*

(9) *Non eſt argumentum, ideo aliquid tuum non eſſe, quia vendere non potes, quia conſumere, quia mutare in deterius aut melius. Tuum enim eſt, etiam quod ſub lege certa tuum eſt.* Senec. *de Beneſic.* Lib. VII. Cap. XII. „Quoiqu'on ne puiſſe ni vendre une choſe, ni la „conſumer, ni l'améliorer, ni la gâter; il ne s'enſuit pas qu'elle ne ſoit point à nous : car ce qui ne „nous appartient que ſous certaines conditions, ne

Il ne ſera pas hors de propos de remarquer ici en paſſant, quelle reſtriction il faut ajoûter à ce principe des Juriſconſultes : *Qu'une choſe qui eſt à nous ne peut pas nous* (10) *appartenir plus qu'elle ne faiſoit;* d'où ils concluent, que (11) *quand on donne en gage à quelqu'un, ou qu'on lui confie en dépôt, ou qu'on lui prête, ou qu'on lui vend, ou qu'on lui loue une choſe qui eſt à lui; la Convention n'a aucune force : Qu'un* (12) *Legs eſt nul lorſqu'on donne au Légataire ce qui lui appartenoit déja : Que* (13) *perſonne ne peut ſtipuler validement qu'on lui donne une choſe qui n'eſt pas ſienne, au cas qu'elle vienne à lui appartenir un jour.* Toutes ces maximes, & autres ſemblables, ne ſont vrayes qu'en ſuppoſant une pleine Proprieté ſur la choſe dont il s'agit; car ſi l'on n'y a qu'un droit de Proprieté imparfaite, elle peut devenir entiere; & en ce cas-là, la Régle ſera fauſſe. Du reſte, un ancien Poëte (e) ſe moque agréablement, & avec raiſon, d'un certain Avare nommé *Hermocrate*, qui par ſon Teſtament s'étoit conſtitué lui-même ſon Héritier.

(e) *Lucilius*, dans l'*Anthologie*, Lib. II. Cap. L. Epigr. 7.

De-plus, une choſe pouvant appartenir ou entierement à un ſeul, ou bien à pluſieurs en même tems, (14) qui la poſſedent par indivis, enſorte que chacun y a le même droit à proportion : on diviſe encore les Choſes à cet égard, comme nous l'avons déja dit, en *Propres* & *Communes*; entendant par *Communes*, celles qui appartiennent par indivis à pluſieurs perſonnes avec un même droit de Proprieté. Et cette ſorte de *Communauté* ne différe pas de la *Proprieté* à l'égard de la maniere dont les choſes appartiennent à chacun, ou de l'effet du droit que l'on a ſur elles (car pluſieurs perſonnes ont toutes enſemble ſur une choſe qui leur appartient en commun, le même droit qu'a une ſeule perſonne ſur une choſe qui lui appartient uniquement : & comme la Proprieté d'une choſe qui eſt à un ſeul exclut tous les autres d'un droit égal ſur cette choſe; de même, la Proprieté d'une choſe qui eſt en commun à pluſieurs, exclut d'un pareil droit tous ceux qui ne ſont pas de ce nombre); mais la différence conſiſte uniquement en ce qu'une *Choſe commune* en ce ſens-là appartient également à pluſieurs, au lieu qu'une *Choſe propre* n'appartient qu'à un ſeul. Ainſi le droit de chacun ne s'étendant qu'à une partie de la choſe dont il jouït par indivis; il ne peut légitimement diſpoſer de la choſe (15) qu'à proportion de la part qu'il y a; & quand on veut diſpoſer de la choſe entiere, il doit y avoir un conſentement de tous ceux à qui elle appartient en commun.

Au reſte, quelques Commentateurs (f) de GROTIUS, pour avoir confondu cette *Communauté Poſitive* avec la *Communauté Négative*, ont debité ſur cette matiere bien des raiſons frivoles que nous examinerons plus bas. Mais je ne ſaurois m'em-

(f) *Ziegler* ad Grot. Lib. II. Cap. II. §. 1. *Felden*, ad dict. loc. §. 2. *Boecler.* ibid. pag. 47.

» laiſſe pas d'être nôtre «. L'Auteur qui citoit plus bas ce paſſage, renvoyoit auſſi à STRUVIUS, *Syntagm. Exercit.* XI. Th. LV.

(10) *Quod proprium eſt ipſius* [*Legatorii*] *amplius ejus fieri non poteſt.* INSTITUT. *Lib.* II. *Tit.* XX. *De Legatis*, §. 10. Voyez auſſi Lib. IV. *Tit.* VI. *De actionibus*, §. 14. & *Digeſt.* Lib. XLIV. Tit. II. *De exceptione rei judicata*, Leg. XIV. §. 2.

(11) *Neque pignus, neque depoſitum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei ſuæ conſiſtere poteſt.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſis Reg. Jur.* Leg. XLV.

(12) *Sed ſi rem Legatarii quis ei legaverit, inutile eſt legatum.* INSTIT. Lib. II. Tit. XX. §. 10. Voyez auſſi COD. Lib. VI. Tit. XXXVII. *De legatis*, Leg. XIII. & DAUMAT, *Loix Civil. dans leur ordre natur.* II. Part. Liv. IV. Tit. II. Sect. III. §. 8. & ſuiv.

(13) *Nemo rem ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit, utiliter ſtipulatur.* INSTIT. Lib. III. Tit. XX. *De inutil. ſtipulat.* §. 21.

(14) *Servus communis ſic omnium eſt, non quaſi ſingulorum totus, ſed pro partibus utique indiviſis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.* DIGEST. Lib. XLV. Tit. III. *De ſtipul. ſervorum*, Leg. V. Voyez auſſi *Lib.* XXXI. *De Legatis & Fideicomm.* II. Leg. LXVI, §. 2.

(15) *Nemo ex ſociis plus parte ſua poteſt alienare, etſi totorum bonorum ſocii ſint.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. II. *Pro Socio*, Leg. LXVIII. *princ.* Voyez COD. Lib. III. Tit. XXXVII. *Communi dividundo*, Leg. I. &c.

pêcher de rapporter ici un beau paſſage de Seneque, au ſujet des différentes manieres dont une choſe eſt commune. *Quand on dit, qu'*entre Amis tout eſt commun, (16) *il ne faut pas entendre cela d'une communauté ſemblable à celle qui ſe trouve entre deux Aſſociez dont chacun a ſa portion; mais comme celle que l'on voit entre un Pere & une Mere, qui ayant deux Enfans, n'ont pas chacun le ſien, mais l'un & l'autre en a deux..... D'ailleurs il y a diverſes ſortes de Communauté. L'endroit d'un Amphitheatre qui eſt reſervé aux Chevaliers Romains, appartient en commun à tous ceux de cet Ordre: cependant chaque Place eſt à celui qui l'occupe; & quand il la céde à un autre Chevalier, c'eſt une honnêteté & une eſpece de faveur qu'il lui fait, quoiqu'auparavant ils n'euſſent pas plus de droit l'un que l'autre à cette Place. Il y a auſſi des choſes qui n'appartiennent à telle ou telle perſonne que ſous certaines conditions. Un Chevalier, par exemple, a ſa place en un certain lieu du Théatre, non pour la vendre, non pour la louër, ou pour y loger; mais ſeulement pour aſſiſter aux Spectacles. Il ne ment donc pas, en diſant qu'il a là ſa place. Cependant ſi, quand il y arrive, les Places ſe trouvent toutes priſes, on peut dire alors & qu'il y a place, parcequ'il eſt du nombre de ceux à qui cet endroit du Théatre eſt affecté; & qu'il n'y a pas place, parcequ'elle eſt pour l'heure occupée par ceux qui y ont un droit commun avec lui.*

La *Communauté* & la *Proprieté* des biens n'ont lieu qu'en ſuppoſant *pluſieurs perſonnes.*

§. III. De ce que nous venons de dire il s'enſuit, que la *Communauté poſitive* & la *Proprieté* excluent également tout droit d'autrui ſur la choſe qui eſt dite Propre ou Commune en ce ſens-là; & par conſéquent, que l'une & l'autre de ces qualitez ſuppoſe qu'il y ait dans le monde plus d'une perſonne. Comme donc, s'il n'y eût jamais eu ſur la Terre qu'un ſeul Homme, on n'auroit pas pû dire que rien lui appartînt en propre; de même, à l'heure qu'il eſt, les choſes dont l'uſage n'eſt défendu à perſonne, ou qui n'appartiennent pas à tel ou tel en particulier plûtôt qu'à tout autre, ne doivent être appellées Communes qu'en un ſens négatif. D'où il paroît en quel ſens on peut dire que tout appartenoit à *Adam*, pendant qu'il étoit ſeul ſur la Terre. Car quoique la vaſte étendue de la Terre, & le peu de beſoins auſquels il étoit ſujet, ne lui permiſſent d'employer à ſes uſages qu'une fort petite partie des Biens du Monde; il n'y avoit pourtant aucun droit d'autrui qui l'empêchât, s'il eût voulu ou s'il l'eût pû commodément, de ſe ſervir de tout ce qui ſe préſentoit ici-bas. Ainſi le droit de ce premier Homme ſur les biens de la Terre, étoit fort différent de la Proprieté, telle qu'on la voit aujourd'hui établie, & il peut être appellé une expectative de (1) Proprieté, ou une faculté de poſſeder en propre, plûtôt qu'une Proprieté actuelle. Il donnoit bien à *Adam* un plein-pouvoir de diſpoſer de tout à ſa fantaiſie, de même qu'un Proprietaire a aujourd'hui la liberté de diſpoſer de ſon bien. Mais comme il n'y avoit encore perſonne par rapport à qui il produiſît cet effet, ce n'étoit pas, à parler exactement, une véritable Proprieté. Pour la rendre telle, il falloit

(16) *Non enim mihi ſic cum amico communia omnia ſunt, quomodo cum ſocio, ut pars mea ſit, pars illius: ſed quomodo Patri Matrique communes Liberi ſunt; quibus quum duo ſunt, non ſinguli ſingulos habent, ſed ſinguli binos..... Deinde pluribus modis communia ſunt: in illis tamen locus meus ſit proprius, quem occupavi. Hoc ſi cui ceſſi, quamvis illi communi receſſerim, tamen aliquid dediſſe videor. Quædam quorumdam ſub certa conditione ſunt. Habeo in Equeſtribus locum, non ut vendam, non ut locem, non ut habitem; in hoc tantum, ut ſpectem. Propterea non mentiar, ſi dicam me habere in Equeſtribus locum: ſed cum in Theatrum veni, ſi plena ſunt Equeſtria, & jure habeo locum illic, quia ſedere mihi licet, & non habeo, quia ab his, cum quibus jus mihi loci commune eſt, occupatus eſt.* De Benefic. *Lib.* VII. *Cap.* XII.

§. III. (1) C'eſt ainſi que j'ai crû devoir exprimer ces mots de l'Original, qui eſt ici fort ſcholaſtique ſans néceſſité: *Quod quis vocare poſſit dominium indefinitum, non formaliter, ſed conceſſive; non actu, ſed potentiâ.*

que d'autres Hommes vinſſent au monde. En un mot, toute Communauté ſuppoſant un compagnon de poſſeſſion, & la Proprieté emportant une excluſion de tout droit d'autrui ſur ce qui appartient à quelqu'un; il s'enſuit que, tant qu'*Adam* fut ſeul, il n'y avoit rien ni de Commun ni de Propre.

*L'origine & le fondement immédiat de la Proprieté*, ce ſont les Conventions des Hommes au ſujet de l'uſage des biens.

§. IV. IL faut bien remarquer encore, que la permiſſion, par laquelle DIEU a accordé aux Hommes l'uſage des biens de la Terre, n'eſt pas la cauſe immédiate de la Proprieté, entant que ce droit a quelque effet par rapport à autrui; & preuve de cela, (1) c'eſt que les Bêtes ſe ſervent auſſi de ces choſes, & les conſument avec la permiſſion de DIEU, ſans qu'il y ait entr'elles aucune Proprieté. Mais la Proprieté ſuppoſe néceſſairement un acte humain, (2) & quelque Convention ou expreſſe, ou tacite. Il eſt certain que DIEU a permis aux Hommes de faire ſervir à leurs beſoins & à leurs commoditez, non ſeulement la Terre & tout ce qu'elle produit, mais encore les autres Animaux; c'eſt-à-dire, qu'il a donné au Genre Humain un droit général & indéterminé ſur ces Créatures (a). Mais la maniere, l'étendue & le degré de l'uſage qu'on en peut faire, ont été remis à la volonté & la diſpoſition des Hommes; deſorte qu'il leur étoit libre de donner ou de ne pas donner des bornes à ce pouvoir; de le laiſſer à chacun ou abſolument ſur tout, ou ſeulement ſur certaines ſortes de choſes, ou bien d'aſſigner à chacun ſa portion, dont il dût ſe contenter ſans prétendre rien au reſte. Ainſi l'on met fort inutilement en queſtion, ſi c'eſt entant que nos premiers Parens repréſentoient le Genre Humain que DIEU leur a donné la Proprieté de tous les biens du Monde, ou par (3) un privilége ſpécial qui les regardât eux ſeuls, enſorte que le reſte des Hommes leur ſoit redevable de tout le droit qu'il a ſur les choſes de la Terre? Car la permiſſion divine ſervoit ſeulement à aſſurer les Hommes de la Bonté de DIEU, qui vouloit bien qu'ils diſpoſaſſent des autres Créatures, & qu'ils en tiraſſent tous les ſervices poſſibles. Du reſte, elle laiſſoit à leur prudence & aux lumieres d'une Raiſon éclairée, à voir quelles meſures il falloit prendre pour empêcher que l'uſage de ce droit ne produisît la diſcorde parmi eux. En effet, DIEU n'a point preſcrit une certaine maniere de poſſeder les Biens du Monde, à laquelle tous les Hommes ſoient

(a) Voyez *Ambroſ. Offic.* Lib. I. Cap. XLVIII. *Selden, De Jur. Nat. & Gent. ſecundum Hebr.* Lib. VI. Cap. I.

§. IV. (1) Je m'étonne que l'Auteur employe ici une ſi pauvre raiſon; car il a lui-même remarqué plus d'une fois, que les Bêtes ne ſont point ſuſceptibles de Droit ou d'Obligation, ni entr'elles; ni par rapport à d'autres, & qu'il n'y a pour elle aucune Loi proprement ainſi nommée. Ainſi, quoiqu'en un ſens DIEU permette aux Bêtes de ſe ſervir de ce qui les accommode, ce n'eſt point une véritable conceſſion, qui ait quelque effet de droit; & à cet égard on ne peut pas plus dire que DIEU veuille, par exemple que les Oiſeaux mangent les fruits & les grains partout où ils en trouvent, qu'on ne peut dire que DIEU veut qu'un Ours ou un Lion déchirent un Homme qui a le malheur de tomber entre leurs pattes.

(2) Un acte humain, je l'accorde; c'eſt-à dire, la priſe de poſſeſſion, en vertu de laquelle chacun acquiert un droit particulier ſur ce à quoi il n'avoit auparavant qu'un droit commun. Mais les Conventions ne ſont néceſſaires, que quand il s'agit de partager une choſe dont pluſieurs ſe ſont emparez en même tems; c'eſt-à-dire, quand il y a une *Communauté poſitive*, comme notre Auteur l'appelle. Voyez la Note 4. ſur ce paragraphe.

(3) Un Chevalier Anglois, nommé ROBERT FILMER, a ſoûtenu cela avec beaucoup de chaleur, & il s'en eſt ſervi pour prouver le Pouvoir abſolu qu'il attribue aux Souverains, & qui, à ce qu'il prétend, vient par ſucceſſion de l'autorité ſouveraine d'*Adam*. Il allégue ſurtout le paſſage de la GENESE, I. 28. où DIEU dit à nos premiers Parens: *Croiſſez, multipliez-vous, rempliſſez la Terre, & l'aſſujettiſſez. Dominez ſur les poiſſons de la Mer, ſur les Oiſeaux du Ciel, & ſur toute Bête qui ſe meut ſur la Terre.* Mais MR. LOCKE, qui a refuté ce Livre, dans un Ouvrage Anglois dont on trouve un Extrait, BIBLIOTHEQUE UNIVERS. Tome XIX. pag. 519. *& ſuiv.* répond judicieuſement, 1. Que dans ces paroles, DIEU ne donne à *Adam* aucun pouvoir que ſur les Bêtes. 2. Qu'il ne le lui donne pas à lui en particulier, pour poſſeder en propre ces Animaux, mais comme un droit commun à tout le Genre Humain. C'eſt ce que l'Auteur prouve au long par des paſſages paralleles de l'Ecriture Sainte, & particulierement par la même donation que DIEU réïtera à *Noé* & à ſes Enfans. Le paſſage du PSEAUME CXV, 16. eſt ſans replique: DIEU, dit le Pſalmiſte, *a donné la Terre aux fils des hommes*; c'eſt-à-dire, ſelon le ſtile des Hebreux, aux Hommes en general, au Genre Humain. *Traité du Gouvernement*, Livre I. Chap. IV.

tenus de ſe conformer : ce ſont les Hommes eux-mêmes qui ont réglé cela, ſelon que le repos & l'avantage de la Societé le demandoit. Ainſi ce n'eſt pas en vertu d'un commandement exprès de DIEU, que les Choſes ſont ou Propres, ou Communes (j'entens d'une Communauté poſitive). D'où il s'enſuit que ceux-là ſe trompent, qui ſoûtiennent : (b) *Que le partage des Biens eſt de Droit Naturel ; c'eſt-à-dire, qu'il ne tire pas ſon origine de la Nature enſorte qu'il n'acquiert force de Loi que par la volonté & le conſentement des Peuples ; mais que la Nature même forme & conſtitue entierement ce droit..... Que le partage des Biens eſt un précepte du Décalogue, & par conſéquent une maxime du Droit Naturel : car celui qui a dit,* Vous ne déroberez point, *a dit en même tems : Qu'il y ait une Proprieté & une diſtinction de Biens : Que chacun garde le ſien, ſans convoiter celui d'autrui.* Ces propoſitions, entendues à la rigueur, ſont manifeſtement fauſſes : car il n'y a point de maxime du Droit Naturel qui ordonne de faire un partage général de tous les Biens, pour aſſigner en propre à chacun ſa part. Tout ce que fait la Loi Naturelle, c'eſt qu'elle nous conſeille d'établir la Proprieté, lorſque l'avantage de la Societé Humaine le demande ; laiſſant d'ailleurs à la prudence des Hommes à examiner s'ils doivent rendre Propres toutes les choſes, ou ſeulement quelques-unes, & s'ils doivent poſſeder ou ſéparément, ou par indivis, celles qu'ils s'aproprient, abandonnant les autres au premier occupant, enſorte que perſonne ne puiſſe s'attribuer le droit d'en joüir lui ſeul. Sur ce pié-là le Droit Naturel autoriſe toutes les Conventions faites là-deſſus entre les Hommes, à moins qu'elles ne renferment quelque choſe de contradictoire, ou d'incompatible avec le repos de la Societé. D'où je conclus, qne la Proprieté des Biens tire immédiatement ſon origine des Conventions Humaines ou tacites ; car quoique, la permiſſion divine une fois poſée, chacun fût dès-là en droit de s'emparer des Biens de la Terre ; cependant afin que par cela ſeul qu'un homme ſe mettoit en poſſeſſion d'une choſe, tous les autres fuſſent cenſez exclus du droit qu'ils y avoient auparavant auſſi-bien que lui, (4) il falloit certainement quelque Convention. Et cet établiſſement de la Proprieté,

(b) *Boëcler.* ſur *Grot.* in *Præf.* pag. 9.

(4) Point du tout. Il eſt certain au contraire que c'eſt-là le fondement immédiat de tout droit particulier que l'on a ſur une choſe qui étoit auparavant en commun. Cette *priſe de poſſeſſion* (*occupatio*) eſt auſſi la premiere & la plus ancienne maniere d'Acquiſition. Car quand pluſieurs choſes ſont données en general à une multitude de gens qui n'exiſtent pas tous à la fois, & qui ne peuvent ou ne veulent pas les poſſeder toutes en commun, tels que ſont les Hommes conſidérez dans tous les tems & dans tous les lieux, l'intention du Donateur eſt ſans doute que ceux qui viennent les premiers acquiérent ſur celles de ces choſes dont ils s'emparent, un droit particulier, excluſif des prétentions de tous les autres, ſans qu'il ſoit beſoin du conſentement de ceux-ci. Toute priſe de poſſeſſion a même, par un effet de la volonté du Donateur, une vertu propre de faire enſorte que le premier occupant s'approprie légitimement quelqu'une des choſes données en commun ; pourvû qu'il n'en prenne pas plus qu'il ne faut, & qu'il en laiſſe aſſez pour les autres. C'eſt ce que dit judicieuſement Mr. TITIUS, Obſerv. CCLXXVIII. *num.* 2. En quoi il avoit été prévenu par Mr. LOCKE, qui, dans ſon excellent Traité *du Gouvernement Civil*, a entr'autres choſes approfondi, avec beaucoup de netteté & de ſolidité, la maniere dont on acquiert la Proprieté des biens. Voici en abregé comment il fait voir que les Hommes peuvent poſſeder en propre diverſes portions de ce que DIEU leur a donné en commun, & en joüir ſans aucun accord fait entre tous ceux qui y ont naturellement le même droit. DIEU, en donnant aux Hommes la Terre & tout ce qu'elle contient, pour ſervir à leur ſubſiſtance & à leurs commoditez, a prétendu ſans doute qu'ils fiſſent de ces choſes l'uſage le plus avantageux à la Vie, & le plus conforme à la Raiſon, qu'ils tiennent auſſi de lui. Or perſonne ne pourroit tirer aucune utilité des Fruits qui viennent d'eux-mêmes, & des Bêtes qui ſont nourries par les ſoins de la Nature ſeule, s'il ne s'approprioit d'une maniere ou d'autres quelques-uns de ces Fruits & de ces Animaux. Si c'étoit un crime de prendre la moindre choſe de ce qui eſt en commun, avant que d'avoir là-deſſus le conſentement de tous les autres qui y ont le même droit, on mourroit mille fois de faim au milieu de la plus grande abondance. Quand un Pere de famille fait ſervir quelque plat à ſes Enfans ou à ſes Domeſtiques, il n'aſſigne pas à chacun ſa portion ; mais ce dont chacun ſe ſaiſit honnêtement eſt à lui, quoiqu'auparavant il n'y eût pas plus de droit que les autres, & quoique ceux-ci ne lui ayent pas donné la permiſſion de prendre tel ou tel morceau. D'ailleurs, chacun étant ſeul maître de ſa perſonne & de ſes actions ;

prieté, pour être conforme aux maximes de la droite Raiſon, ne laiſſe pas d'être originairement fondé ſur les Conventions Humaines.

§. V. Cela poſé, il eſt clair qu'avant que les Hommes euſſent fait enſemble aucune Convention ſur le partage des Biens, tout étoit commun, non de cette *communauté* que nous avons appellée *poſitive*, mais d'une *communauté négative ;* c'eſt-à-dire, que rien n'appartenoit à l'un plûtôt qu'à l'autre. Mais comme les Biens du monde ne ſervent de rien, ſi du moins on n'en recueille les Fruits, & qu'on ne ſauroit les recueillir, ſi ce que l'on a deſtiné actuellement à ſes uſages peut nous être impunément enlevé : on conçoit que les Hommes convinrent d'abord enſemble, que *dès que quelqu'un ſe ſeroit ſaiſi d'une choſe ou de ſes fruits, à deſſein de les faire ſervir à ſes beſoins, aucun autre ne pourroit l'en dépoſſéder* (1) ; *enſorte pourtant que le fond ou la ſubſtance* — De la Communauté primitive.

tions ; le travail de ſon Corps, & l'ouvage de ſes Mains, ſont entierement & uniquement à lui, comme ſon bien propre & particulier. Ainſi tout ce qu'il a tiré de l'état de nature, par ſa peine & par ſon induſtrie, tout ce qu'il a acquis par ſes ſoins, appartient à lui ſeul ; & les autres ne peuvent y rien pretendre, à moins qu'il ne reſte pas ſuffiſamment de pareilles choſes, ou d'auſſi bonnes, parmi celles qui ſont en commun. Un homme qui ſe nourrit de Glant qu'il amaſſe ſous un Chêne, ou de Pommes ſauvages qu'il cueille dans un Bois, ſe les approprie certainement. Mais quand eſt-ce que ce Glant & ces Pommes commencent à lui appartenir en propre ? Eſt-ce lorſqu'il les digére ou lorſqu'il les mange, ou lorſqu'il les cuit, ou lorſqu'il les porte chez lui, ou lorſqu'il les cueille ? Il eſt clair, qu'il n'y a que la peine qu'il a priſe de les ramaſſer qui ait pû les rendre ſiennes. [ *Quod omnibus naſcitur, induſtriæ præmium eſt.* QUINTIL. *Declam.* XIII. Cap. 8. page 281. *Edit. Burman.* ] C'eſt cette peine qui a diſtingué ces fruits de la Terre d'avec les autres Bien communs, & qui y a ajoûté quelque choſe de plus que la Mere commune de tous les Hommes, je veux dire, la Nature, n'y avoit mis. [ Voyez Plaute, dans le *Rudens* ou l'*Heureux Naufrage*, Acte IV. Scen. III. verſ. 33. *& ſeqq.* ] Par la même raiſon, l'Herbe que le Cheval d'un homme mange, le Gazon que ſon Valet a coupé, les Creux qu'il a faits, l'Eau qu'il a puiſée, deviennent ſon bien & ſon héritage propre ſans le conſenſentement d'aucun autre. Il en eſt de même encore aujourd'hui d'un Cerf que l'on a tué, des Poiſſons que l'on a pris, de l'Ambre gris ou des Perles qu'on a pêchées, d'un Lievre que l'on pourſuit dans les lieux où la Chaſſe & la Pêche ſont permiſes à tout le monde, ou dans ceux qui n'appartiennent à perſonne, comme le vaſte Océan. Auſſi autant d'arpens de Terre qu'un homme peut labourer, ſemer, cultiver, & dont il conſume les Fruits pour ſon entretien, autant lui en appartient-il en propre ; deſorte qu'il a droit d'enclore cet eſpace de Hayes, de Foſſez, de Murailles, ou de quelque autre choſe ſans conſulter qui que ce ſoit. Cela eſt d'autant plus vrai, que le Créateur lui-même, en donnant la Terre en commun aux Hommes, leur a commandé de travailler, & les a mis, par leur condition naturelle, dans la néceſſité de ne pas demeurer oiſifs. Il ne s'enſuit pourtant pas de là, que l'on puiſſe toûjours cueillir autant de Fruits, ou prendre autant de Bêtes, ou s'emparer d'autant de biens que l'on veut ; car la même Loi de Nature, qui donne à chacun un droit particulier ſur les choſes qu'il a miſes, par ſa peine & par ſon induſtrie, hors de l'état de communauté où elles étoient ; cette même Loi, dis-je, renferme ce droit dans certaines bornes. Dieu *nous a donné abondamment toutes choſes :* Timoth. VI. 17. Pourquoi ? *Pour en joüir.* C'eſt la voix de la Raiſon, confirmée par la Révélation. La Proprieté des biens acquis par le travail doit donc être reglée par le bon uſage qu'on en fait pour les beſoins & pour les commoditez de la Vie. ( Voyez ce que nôtre Auteur dira, Chap. VI. §. 3.) Si l'on paſſe les bornes de la modération, & que l'on prenne au-delà de ce dont on a beſoin, on prend alors ſans contredit ce qui appartient aux autres ; à moins qu'aprés s'être emparé de quelque choſe de ſuperflu, il ne leur reſte ſuffiſamment dequoi ſubvenir à leurs néceſſitez, & fournir à leurs commoditez ou à leur plaiſir. Il ne faut laiſſer perir ni devenir inutile rien de ce que Dieu a créé pour l'uſage des Hommes. Si l'on conſidére avec attention l'abondance de proviſions naturelles qu'il y a depuis long-tems dans le monde, le petit nombre de ceux qui peuvent en uſer & à qui elles ſont deſtinées, & combien peu une perſonne peut s'en approprier à l'excluſion des autres, ſurtout ſi elle ſe tient dans les juſtes bornes que la Raiſon preſcrit ; on ſera obligé de reconnoitre que la Proprieté des biens ainſi établie, ne ſçauroit guéres donner lieu aux diſputes & aux querelles. On verra tout ceci fort étendu dans l'Ouvrage même de Mr. Locke, Liv. II. Chap. V. Au reſte, Mr. Van der Muelen a auſſi refuté nôtre Auteur, dans ſon Commentaire ſur Grotius, Lib. II. §. 1. page 56.

§. V. (1) Cette Convention n'eſt nullement néceſſaire, comme il paroit par tout ce qui vient d'être dit dans la Note précédente. Les Juriſconſultes Romains n'en ſuppoſent non plus aucune dans une Loi, à laquelle nôtre Auteur renvoyoit ici, & où, pour faire voir que la Proprieté des biens a commencé par la priſe de poſſeſſion, ils diſent qu'il en reſte encore aujourd'hui une trace dans les choſes qui ſont demeurées communes, leſquelles appartiennent au premier occupant. *Dominiumque rerum ex naturali poſſeſſione cœpiſſe* Nerva *filius ait : ejuſque rei veſtigium remanere de his, quæ terra, mari, cœlo, capiuntur ; nam hæc protinus eorum fiunt, qui primi poſſeſſionem eorum adprehenderint.* Digest. *Lib.* XLI. Tit. II. *De adquirenda vel amittenda poſſeſſione*, Leg. I. Il y a même un autre endroit que je citerai ſur le Chap. IX. §. 9 *Not.* 9. d'où il paroît, que ſelon les idées des Juriſconſultes Romains, la priſe de poſſeſſion toute ſeule transfére la Proprieté en vertu de l'intention de celui qui donne quelque choſe en commun à pluſieurs.

*même des choſes qui ne ſe conſument point par l'uſage, demeureroit toûjours en commun.* On peut éclaircir cela par l'exemple des Bêtes, (2) dont aucune ne ſauroit rien prétendre à la moindre choſe, préférablement aux autres; mais tout ce que chacune trouve, elle s'en ſaiſit & le mange ſans ſcrupule. Que ſi une Bête a mis à part quelque choſe pour ſon uſage, il n'eſt pas défendu aux autres d'y toucher; parcequ'il n'y a point entr'elles de Convention qui donne au premier occupant un droit particulier ſur quoi que ce ſoit.

(a) *Velthuyſen, de Principiis Juſti & Decori*, pag. 100. *& ſeqq. Edit. in* 12.

Un (a) Auteur Moderne établit ici des principes propres à illuſtrer la matiere. Voici à peu-près ce qu'il penſe. L'Homme, dit-il, a droit de poſſeder & d'employer à ſes uſages les Créatures deſtituées de Raiſon. Mais comme naturellement tous les Hommes ſont égaux, ils ont auſſi (3) un droit égal ſur toutes les Créatures: & l'on ne trouve rien d'ailleurs dans les Créatures mêmes, en vertu dequoi il faille aſſigner à chacun ſa part. On ne ſauroit donc s'empêcher de reconnoître que la diſtinction des Biens tire ſon origine des Conventions. Or dans tout établiſſement humain l'exception d'une neceſſité extrême eſt tacitement renfermée: ainſi, du moment qu'on ſe trouve dans ce cas-là, le droit que chacun avoit ſur toutes choſes reprend ſa force. Car quand on a fait le partage des Biens, chacun n'a renoncé à ſon droit naturel ſur les choſes aſſignées en propre à autrui, qu'avec cette reſtriction tacite, *qu'on ne puiſſe pas ſe conſerver autrement.* Ce n'eſt pas que les malheurs qui nous arrivent, nous donnent droit à des choſes auſquelles nous n'avions rien à prétendre: mais la grandeur du péril fait ceſſer la condition ſous laquelle on avoit cedé ſon droit. Par la même raiſon on acquiert légitimement les biens qu'on prend à un Ennemi; parceque les Conventions faites auparavant n'ont plus de force entre (4) ceux qui ſont en guerre, & qu'ainſi on rentre alors dans ſon droit primitif ſur toutes choſes.

(b) Pag. 110.

Avant toute Convention, dit encore le (b) même Auteur, la priſe de poſſeſſion ne donne par elle-même aucun droit; & cela pour trois raiſons, dont la *premiere* eſt, que *ſi cela étoit on ne pourroit point, en quelque neceſſité que l'on ſe trouvât, rentrer dans ſon droit ſur les biens qu'un autre avoit acquis par la Loi du premier occupant;* puiſque cela n'a lieu qu'à *l'égard des biens qu'on a cedez par un conſentement volontaire. Or il ſe trouveroit peu de gens qui vouluſſent accorder un tel privilege aux biens acquis par une ſimple priſe de poſſeſſion.* Ce raiſonnement eſt un peu obſcur: voici comment on peut le développer. Si le premier occupant avoit par cela ſeul plein droit d'exclure tous les autres, il s'enſuivroit que dans un cas même de neceſſité, perſonne ne pourroit légitimement ſe ſervir des biens qu'un autre a acquis de cette maniere. Car le droit que donne ici la néceſſité, doit venir d'une exception renfermée dans la Convention même ſur le partage des Biens; & l'on ſuppoſe qu'il n'y a point de ſemblable Convention au ſujet des biens acquis par le droit de premier occupant. Or il eſt abſurde de prétendre, que dans une extrême neceſſité on ne puiſſe pas ſe ſervir des choſes qui appartiennent à autrui par droit de premier occupant. Donc le premier occupant n'acquiert la Proprieté de ce dont il s'empare, qu'en

(2) Voyez ci-deſſus, §. 4. *Note* 1.

(3) Cela eſt vrai, mais ils ne l'ont que pour s'en ſervir. Tout ce qui ſuit de cette égalité de droit, c'eſt que perſonne ne doit s'emparer d'une ſi grande quantité de biens, qu'il n'en reſte ſuffiſamment pour les autres. Voyez la Note 4. ſur le §. 4. précédent.

(4) Ce n'eſt point cela: mais la veritable raiſon eſt l'état même de Guerre où ſont deux Ennemis l'un par rapport à l'autre. Et en effet, ſuppoſons que ceux qui ont chacun leurs biens à part viennent tout d'un coup à les remettre en commun de leur conſentement unanime, & ſans ceſſer d'être amis, chacun pourra bien après cela prendre ce qui l'accommode; mais aucun n'aura droit d'ôter aux autres ce dont ils ſe ſont emparez pour leur uſage. VELTHUYSEN raiſonne ici ſur le faux principe d'HOBBES.

vertu d'une Convention. Mais ce raiſonnement ne paroît pas (5) fort ſolide (c). La *ſeconde* preuve de nôtre Auteur, c'eſt qu'*il n'y a point de raiſon naturelle pourquoi le premier occupant acquerroit par cela ſeul quelque droit ſur une choſe,* (6) *plûtôt que celui qui l'a vûë le premier: Si donc ces deux actes ne produiſent pas le même effet, la différence vient uniquement d'un établiſſement arbitraire; les Peuples ayant voulu d'un commun accord que le premier occupant acquît par-là un droit ſur le Païs, par exemple, dont il s'empareroit; mais non pas celui qui le découvriroit le premier.* Enfin, dit-on, *ſuppoſons deux hommes, dont l'un n'ait pas auſſi bonne jambe que l'autre, il eſt clair qu'en ce cas-là la partie n'eſt pas égale, ſi le premier occupant acquiert par cela ſeul un droit de Proprieté ſur ce à quoi ils prétendoient tous deux. Donc, pour s'être emparé le premier d'une choſe, on n'y a pas naturellement quelque droit; mais cela eſt fondé ſur un établiſſement humain, ou ſur une Convention tacite.* Pour exprimer cette raiſon plus diſtinctement, on pourroit dire, que tous les Hommes ayant naturellement le même droit ſur les Biens du monde, on ne conçoit pas qu'un ſimple acte corporel, tel qu'eſt celui du premier occupant, (7) puiſſe être valable en faveur de quelqu'un, au préjudice du droit des autres, ſans le conſentement de ceux-ci; c'eſt-à-dire, ſans quelque Convention faite entr'eux à ce ſujet. Mais pour ce que le même Auteur (d) ſoûtient, qu'une ſeule perſonne, dans l'Etat de Nature, peut ſubjuguer tout le monde; c'eſt une imagination frivole, qui eſt détruite par *Hobbes* (e) même, dont il défend ici les principes.

(c) Voyez ci-deſſus Liv. II. Chap. VI. §. 6, 7.

(d) Pag. 103, & 266.

(e) *De Cive*, Cap. I. §. 11.

§. VI. L'ABOLITION de la *communauté négative* où tout étoit naturellement, eſt donc l'effet d'un accord mutuel entre les Hommes. Cela ne ſe fit pourtant que peu-à-peu & avec le tems, ſelon que l'état des choſes, & la diſpoſition ou le nombre des gens, paroiſſoient le demander. Ainſi, parmi les anciens *Scythes* (a), les Troupeaux & le Bagage avoient des Proprietaires affectez; mais les Terres étoient en commun. L'avantage de la Societé Humaine, qui eſt le but principal du Droit Naturel, enſeignoit aſſez à chacun quelles meſures il étoit le plus à propos de prendre ſur ce ſujet. Il étoit aiſé de voir, qu'une entiere communauté de Biens ne s'accordoit nullement avec la paix & la tranquillité du Genre Humain, ſurtout depuis qu'il ſe fût multiplié, & qu'on cherchoit tous les jours dequoi augmenter les commoditez de la Vie; (b) car un grand nombre de choſes étant de telle nature qu'elles ne ſauroient fournir en même tems qu'aux beſoins d'un ſeul, il étoit impoſſible que la concurrence de pluſieurs à rechercher une choſe, dont ils ne pouvoient ſe ſervir tous à la fois, ne produisît une infinité de diſputes & de querelles (c).

De quelle maniere cette communauté a été peu-à-peu abolie.

(a) *Juſtin.* Lib. II. Cap. II.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. VIII. Tit. II. *De ſervitut. prædior. urbanor.* Leg. XXVI.

(c Voyez *Hobbes, de Cive*, Cap. I. §. 6.

(5) Les droits & les priviléges de la Néceſſité ne ſont pas bornez à diſpenſer en certains cas, des Devoirs qui ſuppoſent quelque Convention. Ils forment encore des exceptions à bien de Loix Naturelles qui ne dépendent nullement des Conventions Humaines, comme il paroit par ce que l'on a dit dans le Chapitre cité en marge.

(6) La raiſon en eſt fort claire; c'eſt qu'on témoigne par-là l'intention de deſtiner une choſe à ſes uſages, ou de ſe l'approuver, comme on le peut en vertu du droit commun de s'en ſervir, qui ſans cela deviendroit inutile à chacun. La ſimple vûë ne fait pas le même effet, parcequ'on voit bien des choſes ſans aucun deſſein de les prendre pour ſoi uniquement. Mais ſi en même-tems qu'on apperçoit une choſe le premier, on donne à connoitre de quelque maniere que ce ſoit, qu'on ſe la reſerve; les autres alors ne peuvent pas plus y prétendre que ſi l'on s'en étoit ſaiſi actuellement. Voyez ce que je dirai ſur le Chap. VI. Ainſi il n'eſt pas néceſſaire de s'arrêter à prouver, que la troiſiéme & derniere raiſon de VELTHUYSEN n'a aucune force.

(7) Il eſt valable en vertu de l'intention du Créateur, qui n'a donné aux Hommes ce droit commun, qu'afin qu'ils en fiſſent uſage; & tant que chacun ne prend que ce qu'il lui faut, il ne donne aucune atteinte au droit des autres, qui peuvent à leur tour faire valoir d'une maniere ou d'autre, le privilége du premier occupant. Voyez *l'Ebauche de la Religion Naturelle* par Mr. WOLLASTON, page 228, *& ſuiv.* où il ſuit préciſément les mêmes idées.

Voici donc, à mon avis, de quelle maniere & pour quelles raiſons on peut concevoir que s'introduiſit la Proprieté des Biens. La plûpart des choſes qui ſont d'uſage immédiatement par elles-mêmes, & dont on ſe ſert ou pour ſe nourrir, ou pour ſe couvrir, ne croiſſent pas partout en ſi grande abondance, ſans être cultivées, que chacun en ait de reſte. Ainſi, lorſqu'il ſe rencontroit que deux ou pluſieurs perſonnes avoient beſoin en même tems d'une choſe de cette nature, & que chacun la vouloit pour ſoi; c'étoit une occaſion preſque infaillible d'en venir aux mains. D'ailleurs, il y a un grand nombre de choſes qui ne peuvent venir en nature, ou être propres à nôtre uſage que par le travail & la culture. Or il n'étoit pas convenable, que ceux qui n'avoient rien contribué à la production ou à l'amélioration de quelqu'une de ces choſes, y euſſent le même droit que celui qui par ſa peine & ſon induſtrie l'avoit fait naître, ou miſe en état de ſervir. Ainſi, du moment que le Genre Humain ſe fût multiplié, le bien de la paix vouloit qu'on établît la Proprieté non ſeulement des *Choſes Mobiliaires*, ſurtout de celles qui demandent des ſoins & du travail, mais encore des *Immeubles qui ſont d'uſage immédiatement par eux-mêmes*, comme les *Maiſons; enſorte que le fond & la ſubſtance de ces choſes appartînt en propre ou ſéparément à chacun, ou par indivis à pluſieurs qui ſeroient convenus entr'eux de les poſſeder également d'une* communauté poſitive.

Or quoiqu'il y ait ſouvent quelque raiſon particuliere, tirée des choſes mêmes, qui fait juger convenable qu'elles appartiennent à tel ou tel plûtôt qu'à tout autre; cependant, pour aſſurer à chacun un droit de Proprieté qui exclût toute prétenſion d'autrui, il falloit neceſſairement (1) une Convention ou expreſſe, ou tacite, par laquelle les autres renonçaſſent déſormais en ſa faveur à tout le droit qu'ils auroient pû prétendre ſur ſon bien, ſous prétexte que la Terre, qui eſt la demeure commune des Hommes, fourniſſoit la matiere ou la nourriture des choſes dans leſquelles il conſiſtoit.

Pour ce qui regarde les *Immeubles produits par la Nature*, ſans aucun ſecours de l'induſtrie humaine, je veux dire, les *Terres*; comme leur vaſte étendue faiſoit qu'il y en avoit de reſte pour tout le monde, dans ces premiers tems où le Genre Humain étoit réduit à un très-petit nombre, on ne s'en appropria d'abord qu'autant qu'on croyoit en avoir beſoin: les autres demeurerent dans l'état primitif d'une *communauté négative*. (2) On conçoit donc ici que les Hommes convinrent entr'eux, que chacun poſſederoit en propre les Terres qui lui auroient été, ou aſſignées par une Convention expreſſe, ou cédées par une renonciation tacite, fondée ſur ce que les autres le laiſſoient joüir paiſiblement des Terres qu'il occupoit, pendant qu'eux de leur côté s'en approprioient d'autres de la même maniere (d); mais que tout le reſte ſeroit au premier occupant.

(d) Voyez *Ziegler*, ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. II. §. 2. pag. 224.

§. VI. (1) Par tout ce que j'ai dit dans les Notes précédentes, on voit aſſez qu'il n'étoit beſoin ici d'aucune renonciation ni expreſſe, ni tacite. Cela ſuffira à un Lecteur attentif pour rectifier de lui-même dans la ſuite tout ce que nôtre Auteur bâtit ſur ſon faux principe, ſans que je ſois obligé de groſſir inutilement mes Notes pour le redreſſer à chaque moment.

(2) Nôtre Auteur critiquoit ici en paſſant ce que dit l'Hiſtorien Juif, JOSEPH, *Archaolog.* Lib. I. Cap. II. §. 2. *Edit. Hudſon.* que *Caïn fut le premier qui mit des bornes aux Terres*, ὅρυς τῆς γῆς πρῶτος ἔθετο. En quoi, ajoûte nôtre Auteur, il ne mérite pas plus d'être cru, que dans ce qu'il dit au même endroit, que *Caïn* outragea & maltraita inſolemment tous ceux qui demeuroient avec lui; qu'il amaſſa de grandes richeſſes par des rapines & des violences; qu'il ſe fit bien des compagnons de brigandage. Car comment peut-on attribuer de pareilles choſes au Fils aîné du premier Homme & de la premiere Femme d'où deſcend tout le Genre Humain? Voyez une Diſſertation de BOECLER, intitulée, *Exercitatio in Fl. Joſeph. Antiq. Jud. Lib. I. Cap. II.* page 375. du I. volume; & ce que l'on dira dans les §. 10. & ſuiv. au ſujet de la Communauté primitive.

Combien cela eſt avantageux au Genre Humain.

§. VII. DEPUIS la multiplication du Genre Humain, cet établiſſement de la Proprieté ne pouvoit que lui être fort avantageux. Et c'eſt à quoi l'on peut appliquer les preuves dont ARISTOTE ſe ſert pour détruire le projet de la communauté des Biens, que PLATON vouloit introduire dans ſa République, quoique ces preuves portent directement contre la *communauté poſitive*; au lieu qu'il s'agit ici de faire voir qu'on a eu raiſon d'abolir la *communauté négative*, qui avoit lieu dans les premiers ſiécles du monde. (a) Si les Hommes, dit ce Philoſophe, travailloient en commun, & mettoient en commun leurs revenus, (1) l'inégalité de la quantité que chacun en conſumeroit ou en prendroit, & du travail qu'il auroit fait, à proportion de celui des autres; produiroit infailliblement un grand nombre de diſputes. Il eſt même certain, qu'*en general* (2) *il eſt difficile de vivre enſemble paiſiblement, & d'avoir en commun quoi que ce ſoit, ſurtout les Biens, qui pour la plûpart ſont de telle nature, que tout le monde ne peut pas s'en ſervir également, ou en même tems. Cela paroît par l'exemple de ceux qui voyagent de compagnie: car on en voit peu qui n'ayent quelque démêlé ſur des choſes qui ſe préſentent tous les jours, & même pour des bagatelles. De là vient auſſi que les Valets qu'on a continuellement auprès de ſoi, ſont ceux contre qui on ſe fâche le plus aiſément & le plus ſouvent.* La Proprieté des biens fait ceſſer tous ces ſujets de querelles; & d'ailleurs, outre que (3) chacun prend plus de ſoin de ce qui eſt à lui uniquement, on trouve par-là matiere d'exercer ſa liberalité de ſon propre bien. *Il vaut* (4) *donc mieux, que les Biens en eux-mêmes appartiennent à chacun en propre; mais qu'on les rende en quelque ſorte communs par l'uſage qu'on en fait. On ne ſauroit exprimer* (b) *le plaiſir qu'il y a de penſer que l'on poſſede quelque choſe en propre*, & de *pouvoir obliger ſes Amis, ou même les perſonnes indifférentes, en leur faiſant part de ſon bien, ou en l'employant à leur rendre ſervice; ce qui n'auroit point de lieu ſi tout étoit commun.* Malgré toutes ces raiſons, THOMAS MORUS & THOMAS CAMPANELLA ont voulu introduire la communauté des Biens; le premier dans ſon *Utopie*,

(a) Voyez auſſi *Ariſtophan. Concionatrices*, verſ. 586. & *ſeqq.* Edit. Kuſter.

(b) Voyez *Juvenal.* Satyr. III. 230, 231.

§. VII. (1) Καὶ γὰρ ἐν ταῖς ἀπολαύσεσι, καὶ ἐν τοῖς ἔργοις μὴ γινομένων ἴσων, ἀλλ᾽ ἀνίσων, ἀναγκαῖον ἐγκλήματα γίνεσθαι πρὸς τοὺς ἀπολαύοντας μὲν ἢ λαμβάνοντας πολλὰ, ὀλίγα δὲ πονοῦντας, τοῖς ἐλάττω μὲν λαμβάνουσι, πλείω δὲ πονοῦσιν. *Politic.* Lib. II. Cap. V. pag. 316. D. Edit. Pariſ.

(2) Ὅλως δὲ τὸ συζῆν καὶ κοινωνεῖν τῶν ἀνθρωπικῶν πάντων χαλεπὸν, καὶ μάλιστα τῶν τοιούτων· δηλοῦσι δ᾽ αἱ τῶν συναποδήμων κοινωνίαι· σχεδὸν γὰρ οἱ πλεῖστοι διαφερόμενοι, ἐκ τῶν ἐν ποσὶ, καὶ ἐκ μικρῶν προσκρούοντες ἀλλήλοις. ἔτι δὲ θεραπόντων τούτοις μάλιστα προσκρούομεν, οἷς πλεῖστα προσχρώμεθα πρὸς τὰς διακονίας τὰς ἐγκυκλίους. Ibid.

(3) Αἱ μὲν γὰρ ἐπιμέλειαι διῃρημέναι, τὰ ἐγκλήματα πρὸς ἀλλήλους οὐ ποιήσουσι μᾶλλον δ᾽ ἐπιδώσουσιν, ὡς πρὸς ἴδιον ἑκάστου προσεδρεύοντος. ibid. *page* 317. A. Cela eſt bien exprimé dans une Loi du CODE: *Naturale quippe vitium, negligi quod communiter poſſidetur: utque ſe nihil habere, qui non totum habeat, arbitretur: denique ſuam quoque partem corrumpi patiatur, dum invidet alienæ.* Lib. X. Tit. XXXIV. *Quando & quibus quarta pars*, &c. Leg. II. *princ.*

(4) Φανερὸν τοίνυν ὅτι βέλτιον, εἶναι μὲν ἰδίας τὰς κτήσεις, τῇ δὲ χρήσει ποιεῖν κοινάς.... ὅτι δὲ καὶ πρὸς ἡδονὴν ἀμύθητον, ὅσον διαφέρει τὸ νομίζειν ἴδιόν τι.... ἀλλὰ μὴν καὶ τὸ χαρίσασθαι καὶ βοηθῆσαι φίλοις, ἢ ξένοις, ἢ ἑτέροις, ἥδιστον· ὃ γίνεται τῆς κτήσεως ἰδίας οὔσης. Ibid. page 317. B. C. EPICURE (je me ſers des paroles de Mr. BAYLE, dans ſon *Dictionn. Hiſt. & Critiq.* Tome II. page 365. col. 1. de la 4. Edit. » *Epicure* » ne voulut pas imiter *Pythagoras*, qui enſeignoit » qu'entre Amis les Biens doivent être communs. » (DIOG. LAERT. Lib. X. §. 11.) Il trouvoit qu'un » tel établiſſement marquoit de la défiance, & il ai» moit mieux que les choſes fuſſent ſur un pié que » chacun contribuât volontairement aux beſoins des » autres quand cela étoit néceſſaire. Il eſt ſûr que » cette idée approche plus de la perfection que ne fait » la communauté des Biens, & qu'on ne ſçauroit aſ» ſez admirer l'union des Diſciples d'*Epicure*, & » l'honnêteté avec laquelle ils s'entre-aidoient, cha» cun demeurant le maître de ſon patrimoine. Voyez CICERON, *de finib. bonor. & malor.* Lib. I. Cap. XX.

& l'autre dans ſa *Republique du Soleil.* Mais il eſt facile de ſuppoſer des Hommes parfaits en idée ; la queſtion eſt d'en trouver de tels, qui exiſtent réellement (5). On a beau dire, (6) que le Mien & le Tien ſont la cauſe de toutes les Guerres, il eſt certain au contraire, que le Mien & le Tien ont été introduits pour éviter ſes conteſtations. D'où vient que PLATON lui-même appelle la pierre qui marque les limites d'un Champ, une choſe ſacrée, (7) *qui ſepare l'Amitié & l'Inimité* (c). Mais ce qui donne lieu à une infinité de diviſions & de querelles, (8) c'eſt que l'Avarice & l'Avidité des Hommes les porte à franchir ſans retenue les bornes du Mien & du Tien, qui ont été reglées ou par des Conventions particulieres, ou par les Loix.

(c) Voyez *Deut.* XIX, 14, *Job.* XXIV, 2. *Frontin.* de re agrar. pag. 277. *Edit. Kenchen. Dig.* Lib. XLVII. Tit. XXI. *De termino moto. Collatio Leg. Moſaicar. & Roman.* Tit. XIII. *Paul. Recept. Sentent.* I, 16. V, 22. §. 2.

Sentiment des Anciens ſur l'origine de la Proprieté.

§. VIII. QUOIQUE tout ce que nous avons dit ci-deſſus ſoit aſſez clair & aſſez certain, il ne ſera pas hors de propos d'examiner avec un peu de ſoin le ſentiment de quelques Auteurs tant Anciens que Modernes, ſur la matiere dont il s'agit. S'il en faut croire DIODORE *de Sicile* (a), les premiers Hommes, qui ſelon lui, étoient nez de la Terre, menoient une vie ſauvage, fort approchante de celle des Bêtes. Diſperſez d'un côté & d'autre pour chercher leur nourriture, ils mangeoient de toutes les Herbes qui avoient quelque goût, & des Fruits que les (b) Arbres portoient d'eux-mêmes. Mais comme ils ne ſçavoient ce que c'étoit que de tranſporter des Vivres & de faire des Proviſions pour l'avenir, pluſieurs mouroient en hyver de froid & de faim. Enfin, inſtruits peu-à-peu par l'expérience, ils commencerent à ſe retirer dans des Cavernes pendant la rigueur de l'hyver, & à ſerrer les Fruits qui pouvoient ſe conſerver. Après quoi on cultiva & l'on perfectionna tous les jours de plus en plus les commoditez de la Vie par de nouvelles inventions. Quelque fauſſe que ſoit cette hypothéſe en ce qui regarde l'origine du Genre Humain, elle ſuppoſe néceſſairement que tout étoit d'abord commun, & qu'on établit enſuite, par des Conventions, la Proprieté des Domiciles & des Fruits ramaſſez pour les beſoins avenir, juſqu'à ce qu'inſenſiblement on s'appropria auſſi les Terres. Rien n'eſt plus ordinaire que de voir alleguer ici l'exemple des anciens *Aborigénes*, (1) *dont le Roi* Saturne *étoit ſi juſte, qu'il ne ſouffrit jamais qu'aucun*

(a) *Lib.* I. *Cap.* VIII.

(b) Voyez *Plin. Hiſt. Natur.* Lib. XXIII. *Proœm. init.*

(5) Une communauté univerſelle de Biens, qui auroit pû avoir lieu entre des hommes parfaitement équitables, & libres de toute paſſion déreglée, ne ſçauroit être qu'injuſte, chimérique, & pleine d'inconvéniens, entre des hommes faits comme nous ſommes. Et l'accord qu'on remarque quelquefois entre les Membres de certaines Communautez particulieres, ne tire pas à conſéquence pour une Societé univerſelle de toute une Nation & de tout un Peuple, ou même ſeulement d'une Ville, ou de quelque autre lieu qui renferme pluſieurs Familles de différentes conditions, & compoſées d'un nombre inégal de perſonnes. Voyez DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, II. Part. Préface, §. 2. & la Diſſertation d'ULRIC OBRECHT, *De Communione*; qui eſt la I. du Recueil publié en 1704. à *Strasbourg*. Ajoûtons, avec Mr. DE LA BRUYERE, (*Caractére pénultiéme du dern. Chap.*) que „ ſi les Hommes abondent de biens, „ & que nul ne ſoit dans le cas de vivre par ſon travail, ..... on manquera alors du néceſſaire & „ des choſes utiles. S'il n'y a plus de beſoins, il n'y „ a plus d'Arts, plus de Sciences, plus d'Invention, „ plus de Méchanique. D'ailleurs, cette égalité de „ Poſſeſſions & de Richeſſes en établit une autre dans „ les conditions, bannit toute ſubordination, réduit „ les Hommes à ſe ſervir eux-mêmes, & à ne pouvoir être ſecourus les uns des autres ; rend les Loix „ frivoles & inutiles ; entraîne une Anarchie univerſelle ; attire la Violence, les Injures, les Maſſacres, „ l'Impunité ‹‹. On lira avec plaiſir le reſte de ce *Caractere*, qui eſt trop long pour être inſeré ici tout entier. Voyez auſſi QUINTIL. Declam. CCLXI.

(6) *Quieta vita iis qui tollunt, Meum, Tuum.*
PUBL, SYR. Sentent. *vers* 620.
Voyez là-deſſus *Gruter*.

(7) Σμικρὸν λίθον, ὁρίζοντα φιλίαν καὶ ἐχθράν. *De Legib.* Lib. VIII. page 843. A. Edit. H. Steph. *Tome* II. (page 214. E. *Edit. Wech. Ficin.*)

(8) C'eſt le ſens de ce paſſage de LYSIAS, que nôtre Auteur citoit en Latin : Διαφέρεσθαι δὲ πρὸς ἀλλήλους ἐκ τῶν τοιούτων μάλιστ᾽, ἂν οἱ μὲν τῶν ἀλλοτρίων ἐπιθυμῶσιν, οἱ δ᾽ ἐκ τῶν ὄντων ἐκπίπτωσι. *Orat.* XVII. *De Niciæ bonis publicatis*, Cap. 4. *Edit. Wechel.*

§. VIII. (1) Italiæ *cultores primi* Aborigines *fuere, quorum Rex* Saturnus *tantæ juſtitiæ fuiſſe traditur, ut neque ſervierit ſub illo quiſquam, neque quidquam privatæ rei habuerit ; ſed omnia communia & indiviſa omnibus fuerint, veluti unum cunctis patrimonium eſſet.* JUSTIN. *Lib.* XLIII. C. I.

*homme en ſervît un autre, ou poſſedât quelques biens en propre. Tout étoit commun, comme s'il n'y eût eu qu'un ſeul patrimoine dont chacun joüiſſoit par indivis.* On ne manque pas d'entaſſer auſſi un grand nombre de paſſages des Poëtes (c) au ſujet des gens du *Siécle d'or*, parmi leſquels cette communauté de Biens faiſoit une partie de leur félicité ſi vantée. Sur quoi pourtant un ancien Docteur Chrétien a une penſée fort ſinguliere : (2) *Il n'étoit pas permis alors*, dit-il, *de marquer les Terres, ou d'y mettre des bornes ; les vivres dont chacun avoit fait proviſion, étoient en commun, comme le remarque* VIRGILE. *C'eſt que l'on comprenoit bien, que* DIEU *n'avoit pas donné la Terre en commun aux Hommes, pour autoriſer une Avarice furieuſe & inſatiable à s'emparer de tout ; mais afin que les Hommes vécuſſent dans une eſpece de communauté, & que perſonne ne manquât de ce qui croiſſoit pour tous. Car il ne faut pas prendre ces paroles du* (d) *Poëte, comme ſi alors il n'y avoit rien abſolument qui appartînt en propre à quelqu'un : mais c'eſt une figure Poëtique, pour donner à entendre que les gens de ce tems-là étoient ſi liberaux, que perſonne ne ſerroit & ne gardoit pour lui ſeul ſes revenus ; mais que chacun faiſoit part aux Pauvres du fruit de ſon propre travail.* J'avoue qu'on ne ſauroit raiſonnablement ſe perſuader, que parmi les premiers hommes, *les vivres dont chacun avoit fait proviſion fuſſent en commun ;* c'eſt-à-dire, qu'il y eût entr'eux une eſpece de *communauté poſitive.* Cependant la maniere dont LACTANCE explique les paroles du Poëte, ne me paroît nullement ſolide. Il ſe peut faire que ces gens-là ne fuſſent guéres ſujets à l'Avarice ; parcequ'on ne connoiſſoit alors ni les Richeſſes, ni la délicateſſe des Mets, qui fait mépriſer les vivres ſimples & communs que la Terre fournit aiſément partout. Mais je ne vois pas quelle matiere on avoit d'exercer la Liberalité, dans un tems où perſonne ne s'embarraſſoit d'amaſſer du bien. Au reſte, ce n'eſt pas ſans fondement que quelques-uns, pour découvrir l'origine de la Fable du *Siécle d'or*, remarquent ici que les gens ſauvages & ruſtiques aiment extrémement la Fainéantiſe, & que plus un Peuple mene une vie ſimple & groſſiere, moins il eſt adonné au Travail ; au lieu qu'une vie d'abondance & de délices demande beaucoup de ſoins & de peine (e). D'ailleurs, ajoûtent-ils, c'eſt un défaut commun aux Vieillards d'être panégyriſtes éternels de tout ce qu'ils ont vû étant jeunes, & de mépriſer le préſent en comparaiſon du paſſé. Cela poſé, il y a beaucoup d'apparence, que quand les Légiſlateurs voulurent obliger les hommes des premiers ſiécles à travailler & à mener une (3) vie plus réglée & plus polie ; ces gens ſimples & groſſiers ne purent s'y reſoudre qu'avec beaucoup de peine, & regretterent tous les jours leur Gland & leur ancienne oiſiveté, auſſi-bien que leur indépendance ; deſorte que les plaintes qu'ils faiſoient dans leur vieilleſſe donnerent lieu à leur poſterité de forger toutes ces chimeres qu'on a débitées au ſujet du *Siécle d'or*. Le caractere que (4) SALLUSTE & DENYS *d'Halicarnaſſe* donnent aux *Aborigénes*, qui vivoient

(c) *Virgil.* Georgic. Lib. I, 125. *& ſeqq. Tibull.* Lib. I. Eleg. III. verſ. 35. *& ſeqq. Senec.* Octav. verſ. 395. *& ſeqq.* & Hippolyt. verſ. 525. *& ſeqq. Ovid.* Met. I, 136. &c. Voyez auſſi *Senec.* Edit. Gronov. *Macrob.* Saturn. I, 8.

(d) *Virgil.* ubi ſuprà.

(e) Voyez les *Eſſais de Montagne*, Liv. I. Chap. XXX.

(2) *Ne ſignare quidem, aut partiri limite campum*
*Fas erat : in medicum quærebant* ———

*quippe cum Deus communem omnibus terram dediſſet, ut communem degerent vitam ; non ut rabida & furens avaritia ſibi omnia vendicaret ; nec ulli deeſſet, quod omnibus naſceretur. Quod Poëta dictum ſic accipi oportet, non ut exiſtimemus nihil omnino tum fuiſſe privati ; ſed amore poëtico figuratum : intelligamus, tam liberales fuiſſe homines, ut natas ſibi fruges non includerent, nec ſoli abſconditis incubarent ; ſed pauperes ad communionem proprii laboris admitterent.* LACTANT. Lib. V. Cap. V. num. 5. *& ſeqq.* Cellar.

(3) Mr. LE CLERC a très-bien prouvé, que les Hommes qui vivoient dans les tems auſquels on rapporte les *Ages d'or & d'argent*, n'étoient nullement meilleurs que ceux des ſiecles ſuivans. Voyez ſes Notes ſur la *Théogonie* d'HESIODE, verſ. 211, & ce qu'il en a extrait lui-même dans un Article ajoûté aux MEMOIRES DE TREVOUX, Mars & Avril 1701. page 253. Tome I. *Edit. de Hollande.*

(4) *Cumque his* [Trojanis] Aborigines, *genus homi-*

ſous l'*Age d'or*, & la maniere dont (5) OVIDE dépeint la félicité des gens de ce fameux Siécle, rendent fort vraiſemblable la conjecture que je viens de rapporter.

Il y a un beau paſſage de CICERON touchant l'origine de la Proprieté des biens: (6) *Un des Devoirs de la Juſtice, c'eſt* (dit-il) *d'uſer des choſes qui ſont en commun, comme étant en commun, & de ne diſpoſer en maître que de ce qui eſt à nous en propre. Or il n'y a rien qui appartienne naturellement à telle ou telle perſonne, plûtôt qu'à toute autre: mais le droit de Proprieté que l'on a ſur certaines choſes, vient ou de ce que l'on s'en eſt emparé le premier, comme firent ceux qui s'établirent au commencement dans des lieux inhabitez; ou de ce qu'on les a conquiſes par les armes; ou des Loix, des Conventions, des Conditions que les Particuliers font enſemble, & de la déciſion du Sort. C'eſt ſur quelqu'un de ces fondemens que le territoire d'*Arpine, *& celui de* Tuſculum *appartiennent à ces deux Villes, & il faut dire la même choſe des biens de chaque Particulier. Ce qui étoit naturellement commun ſe trouvant donc par-là aſſigné en propre à tel ou tel, chacun a droit de conſerver ce qui lui eſt échu; enſorte que les autres ne ſauroient l'envahir ſans violer les Loix ſacrées de la Societé Humaine.*

Mais quelques-uns alleguent ici pluſieurs autres paſſages, qui regardent plûtôt l'inconſtance de la Fortune & l'inſtabilité des choſes humaines, que l'origine de la Proprieté des biens. HORACE, par exemple, fait tenir ce langage à un homme qui avoit été dépouillé de ſon héritage: (7) *Ne penſez pas que cet homme, ni quelque*

*num agreſte, ſine legibus, ſine imperio, liberum, atque ſolutum. De Bello* Catinilar. Cap. VI. Voyez DENYS *d'Halicarnaſſe*, Lib. I. Cap. X. page 8. *Edit. Oxon.*

(5) Ce Poëte fait conſiſter une partie de la félicité de l'Age d'or, en ce qu'il n'y avoit ni Loix, ni Peines, & que chacun étoit libre:

*Aurea prima ſata eſt ætas, quæ vindice nullo,*
*Sponte ſuâ ſine lege fidem rectumque colebat.*
*Pœna metuſque aberant. . . . . .*
Metamorph. I, 89. *& ſeqq.*

Mais, ajoûtoit notre Auteur, ce qu'OVIDE dit enſuite du Printems perpetuel qui regnoit alors; de la fecondité merveilleuſe de la Terre, qui produiſoit toute ſortes de fruits ſans être cultivée; des Fleuves de Lait & de Nectar, qui couloient de tous côtez: tout cela n'eſt pas plus vrai que ce que débite un Poëte Grec, nommé *Phérécrate*, qui raconte gravement, qu'au lieu d'Huitres il y avoit dans les Rivieres des Boudins & des Sauciſſes toutes bouillantes; que les Grives toutes rôties voloient autour des Hommes, & les prioient de vouloir bien les manger; & autres ſemblables rêveries. Voyez ATHENE'E, Lib. VI. Cap. 19. page 268, 269. *Edit. Caſaub.* & l'*Onomaſticon* de POLLUX, Lib. VI. §. 58. *& ſeqq. Edit. Amſtel.*

(6) *Deinde* [ Juſtitiæ munus eſt ] *ut communibus utatur* [ quis ] *pro communibus, privatis ut ſuis. Sunt autem privata nulla naturâ: ſed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt: aut victoria, ut qui bello potiti ſunt: aut lege, pactione, conditione, ſorte. Ex quo fit ut ager* Arpinas Arpinatum *dicatur*, Tuſculanus Tuſculanorum. *Similiſque eſt privatarum poſſeſſionem deſcriptio. Ex quo, quia ſuum cujuſque fit, eorum quæ naturâ fuerant communia, quod cuique obtigit, id quiſque teneat: ex quo ſi quis ſibi appetet, violabit jus humanæ Societatis.* De Offic. *Lib.* I. *Cap.* VII. Mr. DE BYNKERSHOEK, dans ſa Diſſertation *de Dominio Maris*, imprimée en 1703. *Cap.* I. & rimprimée parmi ſes *Opera minora* en 1730. croit que vers le milieu de ce paſſage il y a quelque choſe de corrompu; & voici comment il le rétablit: *aut lege*, PACTIONE CONDITIONE. *ex quo fit ut ager* FORTE *Arpinas Arpinatum dicatur*, &c. Sur ce pied-là, il faudroit tourner ainſi: *Ou des Loix & des Conventions. De là vient que le territoire d'*Arpine, *par exemple, appartient à cette Ville*, &c. La raiſon pourquoi l'illuſtre Auteur dont il s'agit, change *ſorte* en *forte*, & tranſpoſe enſuite ce mot, c'eſt que le partage des Biens fait par le Sort ſuppoſe toûjours une Convention ou publique, ou particuliere. Mais, outre qu'il n'y a ni dans les Editions, ni dans les MSS. aucune variation qui faſſe ſoupçonner qu'il y ait ici faute, il ſe pourroit faire que CICERON, qui n'eſt pas chiche en ſynonymes, toûjours fort exact dans ſes diviſions, eût voulu, après avoir parlé des Conventions en general, ajoûter quelque eſpece particuliere; & l'on ſçait que cela eſt aſſez commun dans les meilleurs Auteurs Latins. D'ailleurs, il y a lieu de douter, ſi du tems de CICERON on ſe ſervoit de *forte* pour dire, *par exemple*, comme font les Juriſconſultes Romains. La Loi même que Mr. DE BYNKERSHOEK cite ici, ne ſemble pas propre à établir ce ſens, puiſqu'il y a *niſi forte*; expreſſion très-commune, où le dernier mot ne donne aucune idée du *verbi gratia*: NISI FORTE *ſalicti ei, vel ſilvæ palaris, vel arundineti uſusfructus legatus ſit*, &c. DIGEST. Lib. VII. Tit. I. *De uſufructu*, &c. Leg. IX. §. 7.

(7) *Nam propriæ telluris herum Natura neque illum,*
*Nec me, nec quemquam ſtatuit. Nos expulit ille:*
*Illum aut nequities, aut vafri inſcitia juris;*
*Poſtremum expellet certe vivacior heres.*
*Nunc ager* Umbreni *ſub nomine, nuper* Ofelli
*Dictus, erit nulli proprius: ſed cedet in uſum*
*Nunc mihi, nunc alii* —— ——
Lib. II. Satyr. II. verſ. 129. *& ſeqq.*

(8) —

*quelque autre, ni moi, ayons été établis par la Nature maîtres en propre de cette terre. Ce malheureux nous en a chaſſez; la Débauche, ou l'ignorance de la chicane l'en chaſſeront un jour; du moins ſon Heritier prendra ſa place. Oui, ce champ que vous voyez, qui étoit, il n'y a pas long-tems, la terre d'*Ofellus, *& qui eſt maintenant celle d'*Umbrenus, *ne doit être proprement à perſonne: j'en ai aujourd'hui la jouïſſance; un autre l'aura quelque jour.* PLAISANTE *prétenſion!* dit ailleurs ſe même (8) Poëte; *comme ſi on pouvoit raiſonnablement ſe perſuader qu'on poſſede en propre une choſe qui peut paſſer en un moment dans les mains d'un autre, par priere, par force, par argent, ou par teſtament. L'uſage d'un bien ne peut être perpétuel; un Héritier eſt ſuivi d'un autre, comme on voit un Flot ſuivre celui qui le précede.*

§. IX. VENONS maintenant à l'examen des penſées de GROTIUS (a) ſur cette matiere. En quoi pourtant nous laiſſerons à part ce qu'il avance de contraire aux ſentimens reçus de nos Egliſes; d'autant plus que d'autres l'ont déja ſuffiſamment refuté. Il dit donc, que *dès la Création du Monde*, DIEU *donna en general au Genre Humain un droit ſur toutes les choſes de la Terre, & qu'il renouvella cette conceſſion après le Déluge.* Si par ces mots, *en general*, on entend que DIEU permit au Genre Humain de ſe ſervir des choſes de la Terre, ſans déterminer ſi l'on devoit ou les poſſeder toutes en commun par indivis, ou aſſigner chacune en particulier à quelqu'un, ou en poſſeder les unes de la premiere façon, les autres de l'autre, laiſſant aux Hommes mêmes à régler cela comme ils le jugeroient à propos pour le bien de la paix: ſi on explique, dis-je, les paroles de GROTIUS en ce ſens-là, j'y ſouſcris. Mais il ne faut pas s'imaginer, que DIEU ait établi au commencement du Monde une *communauté poſitive*, à laquelle les Hommes ayent enſuite renoncé par un conſentement unanime. La verité eſt que DIEU a donné tout en commun aux Hommes pour leur uſage, & qu'ainſi pendant que le fond & la ſubſtance même des Choſes n'étoit aſſignée en propre à perſonne, il y avoit entr'eux une Convention tacite *de laiſſer prendre à chacun pour ſon uſage ce qu'il vouloit*, ſurtout des Fruits qui provenoient de ces choſes, (b) *& de permettre qu'on en conſumât ce qui ſe pouvoit conſumer. L'uſage que l'on faiſoit ainſi du droit commun à tous les Hommes tenoit alors lieu de Proprieté; car dès que quelqu'un avoit pris une choſe de cette maniere, aucun autre ne pouvoit, ſans injuſtice, la lui ôter.* La comparaiſon tirée du Théatre, (1) dont les Places ſont à chacun de ceux qui les occupent, quoi-

Examen du ſentiment de *Grotius*.

(a) Liv. II. Chap II. §. 2.

(b) *Grotius*, ibid.

(8) — — — — — — — — *Tanquam*
*Sit proprium quidquam, puncto quod mobilis horæ,*
*Nunc prece, nunc pretio, nunc vi, nunc ſorte ſupremâ,*
*Permutet dominos, & cedat in altera jura.*
*Sic quia perpetuus nulli datur uſus, & heres*
*Heredem alterius, velut unda ſupervenit undam,* &c.
Lib. II. Epiſt. II. verſ. 171. *& ſeqq.*

L'Auteur citoit encore ici CICERON, *Orat. pro Balbo*, Cap. XXV. *ſub fin.* & LUCIEN, dans le *Nigrinus*, Tome I. pag. 35. *Edit. Amſt.* & l'Epigramme *ſur la Fortune*, par le même Auteur, Tome II. pag. 838. J'ai ſuivi la verſion du P. TARTERON, dans les deux paſſages d'HORACE, à peu de choſe près au commencement du premier. Il y dit, que *nous ne ſommes pas pour toûjours établis par la Nature paiſibles poſſeſſeurs de cette Terre.* Mais c'eſt ce que le Poëte propoſe dans la ſuite, & qu'il fait regarder comme une conſéquence de ce qu'il poſe ici pour principe, Qu'à conſidérer l'état où les choſes ſont naturellement, elles n'appartiennent pas plus à l'un qu'à l'autre. Il y auroit même quelque choſe d'outré dans le raiſonnement d'HORACE, ſi l'on devoit toûjours éplucher à la rigueur des moralitez ſatyriques.

§. IX. (1) Notre Auteur renvoyoit ici à un paſſage des *Diſcours* d'ARRIEN, où l'on trouve la même penſée, dans la réponſe que fait *Diogene* à un Débauché, qui ayant été ſurpris en adultére, s'excuſoit ſur ce que, ſelon la Loi de Nature les Femmes ſont communes: „Le Théatre, (répond le Philoſophe) eſt commun „à tous les Citoyens: Mais ſi-tôt que les places ſont „priſes, tu ne peux ni ne dois déplacer ton voiſin „pour te mettre à ſa place. Les Femmes ſont com„munes de même: mais ſi-tôt que le Légiſlateur les „a diſtribuées, & qu'elles ont chacune leur Mari, „en bonne foi t'eſt-il permis de ne pas te contenter „de la tienne, & de prendre celle de ton voiſin? Si „tu le fais, tu n'es plus un homme, mais un Singe, „ou un Loup carnacier „. C'eſt ainſi que feu Mr. DACIER exprime dans ſon *Nouveau Manuel* d'EPICTETE, (*page* 69, 70.) le ſens des paroles ſuivantes:

que le Théatre en lui-même ſoit commun, eſt très-propre à faire comprendre ce principe. Mais l'exemple des *Aborigénes*, que Grotius allegue encore, ſuivant la deſcription qu'en fait Justin (c), ne convient pas au ſujet. La communauté des premiers ſiecles, de laquelle il s'agit ici, eſt bien différente de la *communauté poſitive* qu'il y avoit entre ces Peuples, à qui l'on ſuppoſe que le Païs entier appartenoit en propre, quoiqu'il n'y eût point de poſſeſſions diſtinguées; parcequ'ils ſe contentoient des Fruits qui naiſſoient d'eux-mêmes, & que leurs Forêts & leurs Terres leur en fourniſſoient de reſte, dans un tems où le Pays n'étoit pas beaucoup peuplé; car il n'y a nulle apparence que chacun, après avoir fait ſes proviſions, les mît en commun. A l'égard de la *communauté négative*, (d) Grotius a bien vû qu'elle ne pouvoit ſubſiſter ſans troubler la paix du Genre Humain, que tant que les Hommes vivroient dans une grande ſimplicité, *ſe contentant pour leur nourriture de ce que la Terre produit d'elle-même, n'ayant pour toute retraite que des Cavernes; allant tout nuds, ou couverts ſeulement d'écorces d'Arbres ou de peaux de Bêtes:* car quand *on voulut ſe faire un genre de Vie plus agréable, il fallut du travail & de l'induſtrie;* ce qui ne pouvoit avoir lieu ſans la Proprieté des biens. Mais lorſque Grotius (e) poſe en fait, que *la communauté des Biens n'auroit jamais été abolie, ſi les Hommes euſſent vecu tous enſemble dans une grande amitié, comme faiſoient autrefois les* (f) Eſſéniens, *& les* premiers Chrétiens de Jeruſalem, *& comme font encore aujourd'hui pluſieurs Religieux* (g); il confond manifeſtement la *communauté négative* avec la *poſitive*. Celle-ci ne ſçauroit ſans contredit être établie & conſervée qu'entre un petit nombre de gens, & d'une modération extraordinaire. Lorſque l'on *demeure fort loin les uns des autres*, il y auroit de la folie à prendre la peine de *tranſporter ſes revenus pour les mettre en commun.* D'ailleurs dans une grande multitude de gens, il eſt impoſſible qu'il ne s'en trouve pluſieurs, qui, faute d'équité ou de bonne foi, & par une avidité inſatiable, *ne gardent pas une juſte égalité, ni dans le travail, ni dans la conſomption des Fruits.* Et c'eſt ce que Platon (h) donne à entendre, lorſqu'il veut pour Citoyens de ſa République, où tout devoit être abſolument commun, *des Dieux, ou des enfans de Dieux.* Ainſi l'on ne ſçauroit raiſonnablement s'imaginer, que depuis que les Hommes furent diviſez en pluſieurs Familles ſéparées, ils ayent jamais établi, ou penſé ſeulement à introduire une telle communauté de Biens (i). Mais j'approuve fort ce que dit enfin Grotius (k), que *les Choſes n'ont pas commencé à paſſer en proprieté par un ſimple acte intérieur de l'Ame;* c'eſt-à-dire, par une ſimple penſée, ou un ſimple deſſein de ſe les approprier: *Car outre que les autres ne pouvoient pas deviner ce que l'on vouloit s'approprier, pour s'en abſtenir eux-mêmes, pluſieurs auroient pû vouloir en même tems une même choſe.* Il falloit donc un acte exterieur (2), ou une priſe de poſſeſſion actuelle, précédée de quelque Convention qui lui communiquât la vertu de

(c) Voyez le paſſage cité ci-deſſus, §. 8. Note 1.

(d) *Ubi ſuprà*, num. 9.

(e) *Num.* 2.

(f) Voyez entr'autres *Philon*, Lib. *Quòd omnis probus ſit liber*, pag. 876, 877. *Edit. Paris.*

(g) Voyez *Martinius, Hiſtor. Sinic.* Lib. V. Cap. XXXIV.

(h) *De Legib.* Lib. V. p. 847. B. *Edit. Wechel.* (pag. 739. Tome II. *Edit. H. Steph.*)

(i) Voyez *Strauchius*, Diſſert. *de Imper. Maris*, Cap. I. §. 8.

(k) *Ubi ſuprà*, num. 10.

Ἄγε, τὸ δὲ θέατρον οὐκ ἔστι κοινὸν τῶν πολιτῶν; ὅτε ἂν καθίσωσιν, ἐλθὼν, ἄν σοι φανῇ, ἔκβαλέ τινα αὐτῶν· οὕτω καὶ αἱ γυναῖκες φύσει κοιναί. ὅταν δ' ὁ νομοθέτης, ὡς ἑστιάτωρ, διέλῃ αὐτὰς, οὐ θέλεις καὶ αὐτὸς ἴδιον μέρος ζητεῖν, ἀλλὰ τὸ ἀλλότριον ὑφαρπάσεις καὶ λυχνεύεις; Lib. II. Cap. IV. *ſub fin.* Cet exemple même devoit faire voir à notre Auteur, qu'il n'eſt beſoin d'aucune Convention pour acquerir un droit particulier ſur ce qui eſt d'ailleurs commun; puiſque chacun ſe met où il peut ſur le Theatre, ſans le conſentement des autres, qui ont droit, auſſi-bien que lui, de prendre la premiere place vacante. Mais j'ai aſſez parlé de cela dans les Notes precedentes.

(2) Un acte extérieur, je l'accorde; mais non pas toûjours une *priſe de poſſeſſion* proprement ainſi nommée, ou *corporelle*, comme il paroitra par ce que je dirai ſur le Chap. VI. moins encore, une Convention antécedente, ainſi que je l'ai fait voir ci-deſſus.

produire un effet Moral ; c'eſt-à-dire, d'impoſer aux autres l'Obligation de ne pas toucher à une choſe dont quelqu'un s'étoit déja emparé. Cette *Convention* étoit ou *expreſſe*, lorſque pluſieurs partageoient entr'eux les choſes qui auparavant étoient en commun ; ou ſeulement *tacite*, qui ſuffiſoit à l'égard des choſes laiſſées ſans maître dans le (3) premier partage des Biens ; car on préſume que ceux qui firent ce partage convinrent entr'eux, que tout ce qui n'auroit été aſſigné en propre à perſonne ſeroit au premier occupant.

Le droit que Dieu a donné aux Hommes ſur les autres Créatures, ne détruit pas la Communauté primitive.

§. X. PLUSIEURS d'entre les Modernes ſont d'un tout autre ſentiment ſur l'origine de la Proprieté. Voyez ſi les raiſons qu'ils alleguent ſont bien ſolides : Ils reconnoiſſent qu'on appelle *commun*, ou ce qui appartient par indivis à pluſieurs, enſorte que chacun d'eux peut s'en ſervir auſſi-bien que tout autre de la même Communauté, ou ce qui n'entre point en proprieté, & dont tout le monde peut ſe ſervir indifféremment. Mais ils ne ſe contentent pas de ſoutenir comme nous faiſons, que les choſes au commencement n'ont pas été communes dans le premier ſens ; ils nient encore l'autre ſorte de *Communauté*, & par conſequent ils prétendent que la *Proprieté* ne tire pas ſon origine du partage des Biens, & de la poſſeſſion par droit de premier occupant. Voici ſurquoi ils ſe fondent : (1) *Tout le droit*, diſent-ils, *que le premier Homme avoit ſur les autres Créatures, il l'avoit reçu du Créateur. Or ſi* DIEU *lui eût donné une ſimple permiſſion de ſe ſervir de ces Créatures, ſans aucun droit de Proprieté, ſa Poſterité n'auroit pû ſe les approprier ſans injuſtice, & ſans une uſurpation de ce que le Créateur n'avoit pas voulu accorder aux Hommes ;* mais par ce que nous avons dit ci-deſſus, il eſt facile de répondre à cette difficulté. Il eſt certain que l'Homme a reçu de DIEU un droit ſur les autres Créatures ; mais ce n'étoit qu'un droit vague & indéterminé, qui par lui-même ne ſe rapportoit directement, ni à la Proprieté, ni à la Communauté des biens, & que les Hommes pouvoient mettre en uſage de telle ou telle maniere, ſelon que la raiſon & la néceſſité le demanderoient. Ainſi la communauté primitive n'emporte pas un ſimple uſufruit ſans proprieté ; mais elle pouvoit par un effet des Conventions Humaines, ſe changer ou en *Proprieté*, ou en *Communauté poſitive*. Et de ce que le premier Homme n'a pas reçu ou exercé ſon droit ſur les choſes de la Terre préciſément ſous l'idée de Proprieté, il ne s'enſuit pas que ſes Deſcendans n'ayent pû le mettre en uſage de cette maniere. D'ailleurs la permiſſion divine, telle qu'on la trouve dans l'Ecriture Sainte, ne détermine pas une ſorte particuliere de poſſeſſion ou de jouïſſance ; elle donne ſeulement à *Adam* un droit général de ſe ſervir des autres Créatures de la maniere la plus convenable à ſes beſoins, & la plus conforme à la raiſon. Or l'uſage de ce droit, ainſi entendu, peut avoir lieu dans une *communauté négative*, auſſi-bien que quand les choſes ſont poſſedées en propre. C'eſt encore une fauſſe conſéquence que celle-ci : *Les Hommes ont reçu de* DIEU *le droit qu'ils ont ſur les autres*

(3) Ce premier partage des Biens, que notre Auteur ſuppoſe ici, eſt une pure chimére. Le Genre Humain ne s'eſt jamais aſſemblé pour régler ce que chacun poſſederoit déſormais en propre, des biens qui étoient auparavant communs. On s'en eſt emparé inſenſiblement, les uns d'une choſe, les autres de l'autre ; les uns aujourd'hui, les autres demain ; les uns d'une façon, les autres de l'autre. Tout ce qu'il y a, c'eſt que ceux qui s'étoient emparez en même tems d'un Pays, par exemple, ou qui étoient à portée de s'en emparer, s'accordoient quelquefois à le partager pour le bien de la paix, & pour s'aſſurer une poſſeſſion paiſible de ce qui leur écherroit. Quelquefois auſſi pluſieurs ſont convenus enſemble, que l'un iroit chercher d'un côté, l'autre de l'autre, dequoi s'accommoder, & où s'établir.

§. X. (1) Notre Auteur refute ici tacitement STRAUCHIUS, ſçavant Juriſconſulte de ſa Nation, dont il a déja cité, dans le paragraphe précedent, la Diſſertation *De Imperio Maris*, où ſe trouvent les paroles rapportées & examinées dans celui-ci. *Cap.* I. *§.* 5. *& ſeqq.*

*Créatures, donc la Proprieté ne tire pas ſon origine de la priſe de poſſeſſion & du partage des Biens;* car la permiſſion divine ſervoit ſeulement à aſſurer l'Homme, qu'il pouvoit, avec l'agrément de ſon Créateur, employer à ſes uſages les autres Créatures, juſqu'à les conſumer & à les détruire. Mais pour conſtituer une veritable Proprieté, qui eût ſon effet par rapport à autrui; c'eſt-à-dire, qui imposât à chacun la néceſſité de s'abſtenir de ce qui avoit été aſſigné en propre aux autres, il falloit un acte humain, par où l'on pût connoître les choſes qui leur appartenoient, afin de les regarder deſormais comme ſacrées. Suppoſons un Theatre public, dreſſé dans une Ville pour l'uſage des Citoyens. Quoique ce Théatre ſoit commun, cela n'empêche pas que, pour s'aſſurer pendant le ſpectacle une certaine place dont perſonne ne puiſſe nous chaſſer, on ne doive s'en ſaiſir actuellement. On peut même y acquérir pour toûjours une place affectée, du conſentement de l'Etat. De même, chaque choſe, conſidérée avant tout acte humain capable d'établir un droit de Proprieté, eſt cenſée en commun d'une *communauté négative;* c'eſt-à-dire, n'appartenir pas plus à l'un qu'à l'autre. Mais du moment qu'une choſe eſt échue en partage à quelqu'un par une Convention expreſſe, ou que l'on a tacitement conſenti qu'elle demeurât à celui qui s'en ſeroit emparé; elle paſſe de ſon état naturel de *communauté negative* à un état de *proprieté.* Que ſi l'on ſe réduit à dire, que *par la Proprieté, que* DIEU *donna aux Hommes avant tout acte humain, il faut entendre ſeulement le* (a) *pouvoir de s'emparer des choſes & de les poſſéder, par lequel on paſſe à la Poſſeſſion, & de la Poſſeſſion enſuite à la Proprieté* (b) *actuelle;* il n'y aura plus qu'une diſpute de mots; mais c'eſt parler peu exactement, que de donner le nom de *Proprieté* au ſimple pouvoir de prendre & de s'approprier une choſe; car il y a bien de la différence entre avoir le pouvoir d'acquérir un droit, & avoir le droit même, mais ſans en faire actuellement uſage. Ce n'eſt pas, par exemple, la même choſe, de pouvoir apprendre la Muſique; & de la ſçavoir, mais ſans s'exercer à chanter. En vain allégue-t-on, pour faire concevoir cette *Proprieté potentielle,* ſi j'oſe ainſi dire, l'exemple d'*un Héritage, dont la Proprieté paſſe directement & indirectement à l'Héritier, ſans aucune priſe de poſſeſſion, incontinent après le mort du Teſtateur.* Car il y a ici une fiction de Droit Civil, qui ne tire point à conſéquence pour le fondement naturel de la Proprieté des biens. En effet, ſelon le Droit Naturel, tout tranſport de Proprieté demande non ſeulement une offre de la part de celui qui transfére la Proprieté, mais encore une acceptation de la part de celui à qui on la céde. Cependant, comme les Loix ont établi, qu'un Teſtateur peut changer de volonté juſqu'au dernier ſoupir de ſa vie, & cacher ſes diſpoſitions juſqu'après ſa mort; la Loi ſoûtient & repréſente, pour ainſi dire, la volonté du Teſtateur, juſqu'à ce que l'Héritier ait donné à connoître qu'il accepte l'Heredité: ou ſi l'on veut l'acceptation de l'Héritier eſt cenſée faite, par un effet rétroactif, incontinent après la mort du Teſtateur, dont la volonté devient irrévocable au moment qu'il expire; enſorte que les biens de la ſucceſſion ſont cenſez dès-lors immédiatement transférez & comme livrez à l'Héritier (2). Autrement, celui-ci n'acquerroit pas plus la proprieté de ces biens, avant l'addition actuelle de l'Hérédité, qu'un Donataire n'acquiert ce qu'on lui donne avant que de l'avoir accepté. Ainſi, à raiſonner par les principes du Droit Naturel, qui ne s'accordent guéres avec les fictions du Droit Civil, on ne ſauroit donner le nom de *Poſſeſſion* (c) au ſimple droit & au ſimple pouvoir d'acquerir une *Poſſeſſion actuelle.*

(a) *Dominium potentiale, & in actu primo.*

(b) *Dominium in actu ſecundo.*

(c) *Poſſeſſio poteſtativa.*

(2) *Omnis hereditas, quamvis poſtea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.* Digeſt. Lib. L. Tit. XVIII. *De diverſ. regul. Juris,* Leg. CXXXVIII. Voyez ci-deſſus, Chap. IX. §. 2.

§. XI. Plusieurs ont recours ici à l'autorité de l'Hiſtoire Sainte, qui, ſelon eux, ne permet pas de croire que la communauté de Biens dont nous traitons ait jamais exiſté qu'en idée. (1) Adam, diſent-ils, *en vertu de la donation divine, fut d'abord maître unique & abſolu de toutes les Choſes du Monde. Et cette Proprieté le rendoit non ſeulement ſeul poſſeſſeur des Choſes du Monde, mais encore étoit à tout autre Homme, s'il y en eût alors, le droit de s'emparer de quoi que ce fût; juſques-là que les Enfans même d'Adam, tant qu'ils furent dans la Famille paternelle, ne poſſédoient abſolument rien en propre, à moins qu'*Adam *ne leur eût aſſigné quelque choſe en forme de pécule: ils n'acquirent aucune Proprieté qu'après avoir été émancipez par leur Pere, qui leur donna ce qu'il voulut, ou lorſqu'ils partagerent ſes biens entr'eux après ſa mort* (a). En effet, dit-on, *la donation divine, telle qu'on la trouve conçuë dans l'Ecriture Sainte, ne donnoit droit qu'au premier Homme & à la premiere Femme,* Adam *n'ayant point encore d'Enfans. Il faut donc, ou que la Proprieté des biens ait été accordée uniquement à* Adam *& à* Eve, *qui transfererent enſuite ce droit à leurs Enfans; ou que tout ait été donné au Genre Humain en la perſonne d'*Adam. *On ne ſauroit ſoûtenir le dernier pour pluſieurs raiſons, & entr'autres, parceque dans cette ſuppoſition le droit du premier occupant n'a plus de lieu; car ſi tout a été donné au Genre Humain, en vertu dequoi un Particulier s'appropriera-t-il quelque choſe par une ſimple priſe de poſſeſſion, enſorte que les autres n'y puiſſent plus rien prétendre? Telle eſt la nature des choſes communes qui ont des parties, que chaque partie appartient à tous par indivis; deſorte qu'aucun ne peut s'en approprier une ſeule, ſans faire du tort à tous les autres qui y ont droit auſſi-bien que lui. Or ceux qui ſoûtiennent la communauté primitive avouent que chacun, en s'emparant d'une choſe, acquéroit ſur cette choſe un droit qui excluoit celui de tous les autres.* Mais ce que nous avons dit juſqu'ici fournit ſuffiſamment dequoi répondre à de telles difficultez; car la permiſſion divine donnoit (2) ſeulement droit à l'Homme de ſe ſervir des autres Créatures; ce qui renfermoit indifféremment la *Communauté poſitive* & la *Proprieté*, deux droits qui ont leur effet par rapport à autrui. Ainſi nous pouvons aiſément ramener à nos principes ce que d'autres diſent (3) *que Dieu donna au Genre Humain la Proprieté générale de tous les Biens du monde, à condition que les Hommes établiroient la Proprieté particuliere, & partageroient les Biens; deſorte qu'il faut toûjours concevoir cette Proprieté générale comme tendant à la Proprieté particuliere, qui devoit être établie d'une maniere conforme à l'état d'un Animal raiſonnable & ſociable.* C'eſt-à-dire, que la permiſſion divine mit d'abord les choſes en commun, de maniere qu'elles n'appartenoient pas plus à l'un qu'à l'autre. Mais comme depuis que le Genre Humain ſe fût multiplié, & que l'on eût commencé de rendre la Vie plus commode & plus agréable par le travail & l'induſtrie; cette *communauté négative* n'étoit plus compatible avec la paix de la Societé; les Hommes comprirent aiſément que Dieu vouloit que l'on introduiſît la Proprieté des biens, quoique pour l'établir actuellement il fallût quelque acte humain & quelque Convention; car ces deux choſes ne ſont pas plus oppoſées, que quand on dit: Dieu *a voulu que la propagation du Genre*

L'Hiſtoire Sainte n'eſt pas contraire à cette communauté que nous ſuppoſons.

(a) Voyez *Ziegler*, ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. II. §. 2.

§. XI. (1) Tout ce paſſage eſt encore du même Strauchius, *De Imperio Maris*, Cap. I. §. 9, & 8.

(2) Mr. Hertius remarque ici, que cette permiſſion même donnée à *Adam*, & renouvellée à *Noé*, ne fait mention que des Animaux; comme je l'ai deja dit ci-deſſus, §. 4. *Note* 3. après Mr. Locke, dont il paroit par d'autres endroits que Mr. Hertius a vû le *Traité du Gouvernement Civil*, dans la Traduction Françoiſe qui parut en 1691.

(3) Ceci eſt de Boecler dans ſon Commentaire ſur le Chapitre de Grotius, deja indiqué page 38, 39.

*Humain ſe fit par le Mariage , & non par des conjonctions vagues ; cependant, pour contracter actuellement un Mariage, il faut une Convention des Parties.* D'ailleurs , l'idée de la *Communauté poſitive* , & celle de la *Proprieté* , renfermant l'une & l'autre un rapport à autrui ; c'eſt s'exprimer avec peu d'exactitude , que de dire que toutes les autres Créatures appartenoient en propre à *Adam* : car il n'étoit pas maître de tout proprement & formellement , mais entant que rien (b) ne l'empêchoit de le devenir ; c'eſt-à-dire , entant qu'il n'y avoit encore ſur la Terre aucun autre Homme qui eût droit de ſe ſervir , auſſi-bien que lui , de tout ce qui ſe préſentoit. Lorſque Dieu lui eût donné une Femme pour être ſa chere compagne , ces deux premiers Parens du Genre Humain commencerent alors de joüir par indivis du droit général ſur les Biens du monde , comme étant unis enſemble par un lien très-étroit , qui même aujourd'hui établit parmi pluſieurs Nations une communauté de biens entre le Mari & la Femme. Tant que les Enfans d'*Adam* furent en bas âge , ſous la conduite de leur Pere , qui devoit les élever , ou même tant qu'ils demeurerent dans ſa Famille , il n'étoit pas non-plus beſoin d'introduire aucune Proprieté ; car quoiqu'ils ne duſſent ſe ſervir de rien qu'avec l'agrément de leur Pere , ce n'étoit pas en vertu du droit de Proprieté qu'*Adam* avoit ſur tout ; mais uniquement en vertu de ſon autorité paternelle. La Proprieté des biens ne commença donc que quand les Enfans d'*Adam* , du conſentement de leur Pere , formerent des Familles ſéparées : à quoi ils furent ſans doute portez par la jalouſie des Freres , auſſi ancienne que le Monde , & par le déſir que chacun a de joüir des fruits de ſon induſtrie , ſans ſouffrir de la pareſſe & de la fainéantiſe d'autrui. Il ne faut pourtant pas s'imaginer que cette petite poignée de gens ait d'abord partagé enſemble toute la Terre , ou que les choſes qu'elle contient ſoient toutes à la fois paſſées de l'état de communauté à un état de Proprieté. Il ſuffiſoit , au commencement , de s'approprier celles qui ſont d'uſage immédiatement par elles-mêmes , & qui ne peuvent ſervir à pluſieurs en même tems ; par exemple , les Habits , les Cabanes , & les Fruits dont on a fait proviſion pour ſa nourriture , comme auſſi celles qui demandent quelque travail & quelque culture , tels que ſont les Outils & l'attirail du Ménage , les Troupeaux , les Champs labourez. (4) Les autres choſes paſſerent enſuite peu-à-peu en proprieté , ſelon qu'il en prit fantaiſie aux Hommes , ou que leur grand nombre le demandoit. Ainſi les Pâturages demeurerent long-tems dans l'ancienne communauté , & on ne les partagea que quand la multiplication des Troupeaux qui ne trouvoient pas aſſez de place pour paître en une même Contrée , eût donné lieu à des querelles qu'il falloit prévenir pour le repos & l'avantage du Genre Humain. Au reſte , l'objection tirée de ce que , *quand pluſieurs choſes appartiennent en commun à un Corps entier , aucun des Particuliers qui en ſont Membres ne ſauroit s'approprier la moindre de ces choſes par droit de premier occupant ;* cette Objection , dis-je , porte uniquement contre ceux qui conçoivent l'état primitif des choſes ſous l'idée d'une *communauté poſitive* , dans laquelle ſans contredit aucun Particulier ne peut s'emparer de rien pour toûjours à l'excluſion de tous les autres. Au lieu que cet état , tel que nous

(b) *Conceſſivè.*

(4) Il paroît par l'Hiſtoire Sainte , que du tems d'*Abraham* les Hommes alloient de côté & d'autre avec leurs Familles , leurs Domeſtiques , & leurs Troupeaux , qui faiſoient alors leurs richeſſes. On voit même que ce Patriarche en uſe ainſi dans une Contrée où il étoit étranger. Ainſi une grande partie des Terres étoit encore commune ; & quand il n'y avoit pas aſſez de place en un endroit pour faire paître les troupea[illegible] de pluſieurs perſonnes , on ſe ſéparoit d'un comm[illegible] n accord , comme firent *Abraham* & *Loth*. On remarque auſſi que les plus anciens habitans de la *Grece* étoient des Peuples errans ; ſurquoi voyez *l'Explication hiſtorique de la Fable de Cérès* , par Mr. LE CLERC , dans la *Biblior. Univerſ.* Tome VI. p. 104 , 105.

le ſuppoſons, eſt auſſi différent de la *communauté poſitive*, que de la *Proprieté* priſe dans le ſens le plus particulier : & d'ailleurs, afin que la priſe de poſſeſſion ait la vertu de faire acquérir un droit de Proprieté, il faut, ſelon nous, quelque Convention ou expreſſe, ou du moins tacite.

Réponſe à quelques autres difficultez tirées de l'Ecriture Sainte.

§. XII. D'autres, qui ſe fondent auſſi ſur l'Ecriture Sainte, raiſonnent pourtant d'une maniere un peu différente ſur l'origine de la Proprieté. (a) Dieu, diſent-ils, *donna à la vérité à nos premiers Parens, par indivis, une Proprieté générale & univerſelle, entant qu'ils repréſentoient le Genre Humain. Et en ce ſens-là on peut dire encore aujourd'hui que la Terre, ou les choſes qu'elle contient, appartiennent au Genre Humain, entant qu'elles ſont ſuſceptibles de Proprieté. Mais cette Proprieté générale, bien-loin d'exclure la Proprieté particuliere, ne peut ni ne doit être conçuë ſans un rapport à celle-ci, dont l'établiſſement devoit ſe faire d'une maniere conforme à l'état d'un Animal raiſonnable & ſociable. Or, en la perſonne d'*Adam *la Proprieté générale étoit jointe avec la Proprieté particuliere, puiſque le droit qu'il avoit ſur ſes biens excluoit celui de ſes Enfans, ſans qu'ils le lui euſſent cédé.* Je ne veux pas, pour moi, diſputer des mots. Je conſens qu'on donne le nom de *Proprieté générale* à ce que j'appelle le droit de ſe ſervir des autres Créatures en vertu de la permiſſion divine ; pourvû qu'on n'attribue pas à cette ſorte de Proprieté, conſidérée en elle-même, quelque effet par rapport à autrui. J'avoue encore que, comme je l'ai déja dit, les Hommes ont pû ſe contenter de ce droit général de ſe ſervir des Choſes du Monde, & qu'il n'étoit pas néceſſaire d'établir aucune poſſeſſion particuliere, tant que le Genre Humain fut réduit à peu de perſonnes, & mena une vie ſimple & groſſiere : car lors qu'il ſe fût multiplié, & que l'induſtrie des Hommes eût augmenté les commoditez de la Vie, l'avantage & le repos de la Societé porterent à introduire la Proprieté des biens ; enſorte pourtant que tout ne fut pas d'abord aſſigné en propre à quelqu'un, & que cet établiſſement ſe fit peu-à-peu, ſelon que le bien de la paix le demandoit ; mais c'eſt parler fort peu exactement, à mon avis, que d'attribuer à *Adam* une *Proprieté particuliere* ſur toutes les Choſes du Monde, avant que ſes Enfans formaſſent des Familles ſéparées ; car premierement, toute Proprieté particuliere étant établie par quelque acte humain, *Adam* ne pouvoit pas poſſéder en propre une infinité de choſes dont il ne s'étoit jamais emparé, & qu'il ne connoiſſoit pas même. Et on applique ici mal-à-propos une (1) Loi du Droit Romain, d'où l'on infére, qu'*Adam* en mettant le pié ſur un ſeul endroit de la Terre, étoit cenſé s'emparer de tout le reſte. Que ſi l'on veut appeller du nom de *Proprieté* le droit que Dieu donna aux Hommes de ſe ſervir des autres Créatures, on peut admettre en ce ſens-là, que *la Proprieté eſt le fondement du partage des Biens & de la priſe de poſſeſſion ;* c'eſt-à-dire, que la raiſon pourquoi les Hommes avoient droit de s'approprier les choſes en s'en emparant & en les partageant enſemble, eſt que Dieu leur avoit permis en général de s'en ſervir. Mais ſi l'on prend le terme de *Proprieté* dans ſon idée naturelle & ordinaire, entant qu'il emporte une excluſion des prétenſions d'autrui ſur la choſe aſſignée en propre à quelqu'un ; il faut dire au contraire, que le partage des biens & la priſe de poſſeſſion ſont le fondement immédiat de la Proprieté. D'ailleurs, il eſt bien vrai que tant que les Enfans d'*Adam* ne furent pas émancipez, ils devoient ſe conformer à la volonté de leur Pere dans l'uſage des choſes de la Terre ; mais c'étoit en vertu de l'autorité paternelle, & non pas en vertu d'un droit de Proprieté particu-

(a) *Boëcler*, ſur *Grotius*, ubi ſuprà, pag. 38.

§. XII. (1) C'eſt celle qui ſera cité ci-deſſous, Chap. IX. §. 7. Note 7.

liere qu'*Adam* eût ſur toute la Terre ; car il étoit obligé de les nourrir & de les élever dans leur bas âge. Et lors même qu'ils purent lui être de quelque ſecours, ils devoient, en qualité d'Enfans obéïſſans, continuer à ſe régler ſur la volonté d'*Adam* dans l'uſage des choſes qui ſe préſentoient, de-peur que par leur intempérance ils ne s'attiraſſent quelque mal ; & remettre même entre les mains de leur Pere ce qu'ils avoient ou ramaſſé des choſes qui croiſſent d'elles-mêmes, ou fait venir en nature par leur travail, afin qu'il en diſtribuât à chacun ſa portion ſelon qu'il le jugeroit à propos. Tant qu'*Adam* fut revêtu à leur égard de ſon autorité paternelle, il étoit obligé de leur fournir, lors même qu'ils furent hommes faits, les choſes néceſſaires à proportion de leur âge. Si donc un fils d'*Adam* eût, par exemple, contre les déſenſes de ſon Pere, mangé, à ſon inſçu une trop grande quantité de certains Fruits, il n'auroit point commis par-là de larcin, il ſe ſeroit ſeulement rendu coupable de déſobéïſſance envers ſon Pere. De même, ſi l'Aîné de ces Enfans, au lieu de cueillir quelques fruits pour ſon Cadet ſelon les ordres d'*Adam*, les avoit ou mangez lui-même, ou ſerrez en cachette pour s'en régaler après cela, il auroit mérité châtiment, non comme ayant dérobé, mais pour n'avoir pas obéï à ſon Pere. Ainſi, en ce tems-là, ni *Adam* ni ſes Enfans n'avoient aucune Proprieté particuliere, le droit de la communauté primitive ſuffiſoit au Pere ; & pour les Enfans, ils étoient ſoûmis à la direction d'*Adam* dans l'uſage de ce droit. Deſorte qu'*Adam* ne commença de poſſéder quelque choſe en propre que quand il émancipa, pour ainſi dire, ſes Enfans, & qu'il leur permit de former des Familles ſéparées.

La communauté primitive n'étoit pas impoſſible.

(a) *Boëcler*, ubi ſupra, *pag.* 40, 41.

§. XIII. Il y en a enfin qui ſoûtiennent que la communauté primitive dont nous traitons ici, eſt impoſſible. (a) *Dans l'Etat d'Innocence*, diſent-ils, *il ne devoit ni ne pouvoit y avoir une telle communauté de Biens ; car tout ordre étant conforme à la droite Raiſon, la maniere la plus reguliere de poſſeder les choſes dont* DIEU *avoit donné la Proprieté au Genre Humain, étoit auſſi celle qui convenoit le mieux à cet état dans lequel la Vertu qui conſiſte à s'abſtenir du bien d'autrui, auroit ſans doute tenu un rang conſidérable. Auſſi voyons-nous que la Loi du Décalogue, qui étoit gravée dans le cœur des Hommes, même avant la chûte d'*Adam, *défend de prendre le bien d'autrui ; ce qui ſuppoſe l'établiſſement de la Proprieté des biens.* Je répons à cela, premierement, qu'on ne ſçait pas bien de quelle maniere les Hommes ſe ſeroient conduits dans l'uſage de ces ſortes de choſes extérieures, s'ils euſſent perſeveré dans l'Innocence ; & par conſéquent qu'on ne peut pas dire ſi la Proprieté des biens auroit été plus convenable à cet état-là, qu'une communauté entiere. De-plus, il y a lieu de douter, ſi c'eſt une plus grande Vertu de ne pas prendre le bien d'autrui, que de jouïr paiſiblement des choſes qui ſont en commun, ſans prétendre rien de plus que les autres qui y ont un droit égal. Enfin, quelle que ſoit l'éternité de la Loi Naturelle, on voit clairement qu'il n'eſt pas néceſſaire que toutes les choſes qui font la matiere de cette Loi ayent toûjours exiſté ; (1) car il y en a pluſieurs qui ne ſe ſont formées qu'avec le tems, & d'autres qui doivent uniquement leur origine aux Conventions & aux Etabliſſemens Humains. Ainſi la défenſe de l'Homicide n'avoit point de lieu, tant qu'*Adam* fut ſeul ; ni celle de l'Adultere, tant qu'il n'y eut point d'autre Mâle en âge de commettre un tel crime ; ni celle du Larcin, avant le partage des Biens ; ni celle

§. XIII. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. III. §. 22, 24. & la Préface de l'Auteur ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen.* §. 8, 9. de la Traduction Françoiſe imprimée pluſieurs fois à *Amſterdam*,

(2) (LEGIFERÆ

celle du Faux-témoignage avant l'établiſſement des Tribunaux; ni celle de convoiter la Maiſon de ſon Prochain, lorſqu'on n'avoit point d'autre retraite que les Cavernes; ou ſon Eſclave, avant l'introduction de l'Eſclavage. Le commandement d'honorer ſon Pere & ſa Mere ne fut non-plus d'aucun uſage, que quand *Eve* eût mis des Enfans au monde. *Après la chûte d'Adam,* ajoûte-t-on, *cette communauté de biens étoit auſſi impoſſible : Premierement, parcequ'on ne ſauroit la concevoir. En effet, de la maniere dont* Grotius (b) *en établit les Loix, il la réduit à une eſpece de Proprieté;* le droit d'empêcher que perſonne ne nous ôte une choſe étant l'effet direct de ſa Proprieté ſeule. Mais on ſe forge ici de la difficulté où il n'y en a point; car l'idée de la communauté primitive, conſidérée avant tout acte humain & tout uſage actuel d'aucune choſe; c'eſt-à-dire, lorſque rien n'appartient pas plus à l'un qu'à l'autre, & par conſéquent n'eſt encore à perſonne; cette idée, dis-je, eſt bien différente de la même communauté conſidérée dans le tems que les Hommes commencent à ſe ſervir des choſes qui ſont en commun: car alors chacun s'approprie, en vertu d'une Convention tacite, ce qu'il a pris pour ſon uſage; ſans quoi on ne pourroit ſe ſervir de rien. Ainſi dans cette communauté temperée, quoique le fond & la ſubſtance même des Choſes n'appartiennent à perſonne, les Fruits qui en proviennent ſont à celui qui les prend. Un Chêne, par exemple, qui ſe trouvoit dans un Bois, n'étoit à perſonne; mais quand un Homme avoit ramaſſé le gland qui en tomboit, dès-là ce gland n'appartenoit qu'à lui ſeul. Les Eſprits les moins pénétrans peuvent, je penſe, comprendre aiſément ce mélange de la Proprieté avec la Communauté primitive. Il eſt maintenant plus facile de répondre aux autres difficultez. *Une telle communauté,* ajoûte-t-on, *ne pouvoit pas durer un ſeul jour; elle étoit contraire à la Nature Humaine, ou à une Nature Raiſonnable & Sociable, & elle ne convenoit qu'aux Bêtes. Ainſi elle ne ſert que comme une hypotheſe forgée à plaiſir pour faire voir la néceſſité de l'établiſſement de la Proprieté des biens dans les Societez Civiles.* J'avoue, comme je l'ai déja dit, que la communauté primitive, conſidérée préciſément en elle-même, ne pouvoit pas durer, à moins que les Hommes ne vouluſſent aller toûjours nuds, & mourir preſque de faim. Mais rien n'empêche qu'elle n'ait ſubſiſté avec un mélange de Proprieté, tant que leur nombre fut petit, & leur vie ſimple. Car plus les Hommes ſe multiplioient, & augmentoient les commoditez de la Vie, plus il étoit neceſſaire de faire paſſer en Proprieté un plus grand nombre de choſes. De là vient qu'aujourd'hui même les Peuples les plus groſſiers & les plus barbares ſont ceux qui conſervent de plus grands reſtes de la communauté primitive; ſe nourriſſant d'Herbes, de Racines, de Fruits, de Chaſſe, de Pêche, & n'ayant pour tout bien que des Cabanes, & quelques méchans meubles de campagne. Au reſte, quand nous diſons que naturellement tout étoit commun d'une communauté négative, nous n'entendons point par-là que le Droit Naturel ordonne de laiſſer toûjours les choſes en cet état; mais ſeulement que les choſes conſidérées avant tout acte humain, étoient de telle nature qu'elles n'appartenoient pas plus à une perſonne qu'à l'autre. Et quand nous ſoûtenons au contraire, que la Raiſon conſeilla de renoncer à cette communauté univerſelle, nous ne prétendons pas que tout dût en même tems paſſer en proprieté; mais ſeulement que cet établiſſement devoit ſe faire peu-à-peu, ſelon que la diſpoſition des Hommes, des Choſes, & des Lieux, le demandoit, & de la maniere qui paroiſſoit la plus propre à prévenir les diſputes & les querelles. Ainſi, comme nous n'avons pas violé la Loi Naturelle en aboliſſant entierement la

(b) Voyez ci-deſſus, §. 9.

communauté primitive, les Peuples ſauvages de l'*Amérique* n'ont rien fait non-plus de contraire au Droit Naturel, en conſervant pluſieurs traces de cette ancienne communauté. *Depuis le Péché*, continue-t-on, *les Hommes ne pouvoient pas mener une vie ſociable ſans quelque Loi, & par conſéquent ſans la Proprieté des biens; car la communauté des biens ne s'accorde point avec les Loix qui aſſignent ordinairement à chacun le ſien.* Mais il y a des Loix qui ne ſuppoſent point la Proprieté des biens; pourquoi n'auroit-on pas pû obſerver celles-ci, & vivre ainſi d'une maniere ſociable dans une communauté temperée, comme je la repréſente? J'avoue pourtant qu'avant l'établiſſement de la Proprieté des biens, les Loix devoient être fort ſimples & en très-petit nombre. C'eſt par-là qu'il faut expliquer ce que dit un ancien Commentateur de Virgile, que la raiſon pourquoi les Anciens donnoient à *Céres* l'épithéte de (2) *Légiſlatrice*, & à une des Fêtes que l'on célébroit en ſon honneur, le nom de *Theſmophories*; c'eſt que *cette Déeſſe paſſoit pour l'inventrice des Loix: car avant qu'elle eût enſeigné à cultiver le Blé, les Hommes erroient de côté & d'autre, ſans être ſoûmis à aucune Loi; mais cette vie ſauvage finit, lorſque l'on eût trouvé l'uſage du Blé, & que l'on eût diviſé les Poſſeſſions, d'où naquirent les Loix.* C'eſt que depuis l'établiſſement de la Proprieté des biens il falloit un plus grand nombre de Loix, au lieu que peu ſuffiſoient auparavant pour la conduite du Genre Humain. La communauté de biens ne rend pas par elle-même la vie inſociable & indépendante de toute Loi; elle ne fait que la laiſſer dans ſon état naturel de ſimplicité & de groſſiereté. Pour ce qui regarde la communauté que Platon vouloit introduire dans ſa République, elle n'a nul rapport avec nôtre ſujet; puiſque c'étoit une *communauté poſitive*, & que ce Philoſophe l'étendoit non ſeulement aux Biens, mais encore aux Femmes & aux Enfans.

En quel ſens la Proprieté des biens eſt de Droit Naturel?

§. XIV. De là il paroît, comment on peut admettre ce que quelques-uns diſent, *que* (1) *la Proprieté des biens eſt de Droit Naturel, proprement ainſi nommé, & dont les principes ſont gravez dans le cœur des Hommes.* Cette expreſſion, *telle ou telle choſe eſt de Droit Naturel*, ſe prend différemment ſelon qu'il s'agit, ou d'un précepte, proprement ainſi dit, de la Loi Naturelle, ou d'une maxime qui ſuppoſe quelque établiſſement humain. Au premier égard, elle veut dire que le Droit Naturel ordonne de faire telle ou telle choſe: mais dans l'autre ſens elle ſignifie ſeulement que la droite Raiſon conſeilloit d'établir telle ou telle choſe pour l'avantage de la Societé Humaine en general; car ce qui a été introduit pour le bien particulier d'un Etat, eſt purement de Droit Civil ou Poſitif. Quand donc on demande ſi la Proprieté des biens tire ſon origine du Droit Naturel, cela doit s'entendre au dernier ſens. En effet, la Sociabilité étant le fondement du Droit Naturel, & les Hommes étant faits de telle maniere qu'ils n'auroient pû, ſans la Proprieté des biens, vivre enſemble dans une Societé honnête & paiſible, depuis qu'ils ſe furent multipliez, & qu'ils eurent commencé à inventer divers Arts pour rendre la Vie plus commode & plus agréable: la conſtitution des choſes humaines & le but du Droit Naturel deman-

(2) [Legiferæ Cereri] *Leges enim ipſa dicitur inveniſſe; nam & ſacra ipſius* Theſmophoria, *id eſt, legum latio, vocantur. Sed hoc ideo fingitur, quia ante inventum frumentum à Cerere, paſſim homines ſine lege vagabantur: quæ feritas interrupta eſt, invento uſu frumentorum, poſtquam ex agrorum diſcretione nata ſunt Jura.* Servius, ad *Æneid* IV, 58. Voyez Callimaque, Hymn. in Cerer. verſ. 19. & là-deſſus Mr. le Baron de Spanheim; comme auſſi *l'Explication hiſtorique de la Fable de Céres* par Mr. Le Clerc, dans le VI. Tome de la *Bibliotheque Univerſelle*, page 106.

§. XIV. (1) C'eſt Boecler, dans ſon Commentaire ſur Grotius, *Lib.* II. *Cap.* II. *pag.* 42, 43.

doient alors un tel établiſſement. Après quoi la même Loi de Nature preſcrit poſitivement tout ce qui a quelque rapport aux vûës que l'on s'eſt propoſées en établiſſant la Proprieté des biens. Mais il ne faut pas s'imaginer qu'il y ait une maxime formelle du Droit Naturel, en vertu de laquelle on ait dû, dès le commencement du Genre Humain, ou par tout le monde, aſſigner chaque choſe en propre à quelqu'un : il ſuffiſoit que cela ſe fît ſelon que la paix & l'avantage de la Societé Humaine paroiſſoient le demander. Ainſi la maxime du Droit Naturel qui défend de prendre le bien d'autrui, ne commença d'avoir lieu que quand les Hommes eurent reglé entr'eux, par des Conventions, ce qui appartenoit ou n'appartenoit pas à chacun. Avant cela, elle étoit renfermée & comme cachée dans la Loi generale qui preſcrit de tenir ce à quoi l'on s'eſt engagé, & de ne donner aucune atteinte aux droits d'autrui. On peut dire néanmoins ſans abſurdité, que l'Obligation d'obſerver la Loi qui défend de prendre le bien d'autrui, eſt auſſi ancienne que le Genre Humain ; quoique la diſtinction du Mien & du Tien n'ait été introduite qu'avec le tems. Car il arrive ſouvent qu'on eſt obligé en general d'obéïr à tout ce qu'une certaine perſonne nous commandera, ou qu'un Précepte general en renferme pluſieurs particuliers qui peuvent en être déduits par des conſéquences néceſſaires ; & alors on ſe trouve dans l'obligation d'obéïr avant que de ſçavoir ce qui nous ſera preſcrit (2).

*Des perſonnes capables de poſſeder quelque choſe en propre. Devoir des Tuteurs & des Curateurs.*

§. XV. Il ne reſte plus qu'à ajoûter ici un mot touchant *les perſonnes capables de poſſeder quelque choſe en propre.* La principale queſtion que l'on fait ici ſe réduit à ſçavoir, ſi les Enfans, les Inſenſez, & en general ceux qui n'ont pas l'uſage de la Raiſon, peuvent avoir quelque droit de Proprieté ? Sur quoi il eſt certain, qu'un Enfant & un Inſenſé ne ſauroient acquérir originairement la Proprieté d'une choſe, je veux dire, s'en rendre maîtres par droit de premier occupant. La raiſon en eſt, comme nous le verrons en ſon lieu, que pour s'approprier une choſe de cette maniere, il faut avoir intention de la poſſeder deſormais en propre, & comprendre en mêmetems qu'un tel acte a la vertu de nous donner quelque droit ; ce qui ne convient ni à un Inſenſé, ni à un Enfant. Mais il n'en eſt pas de même à l'égard des choſes dont la Proprieté déja établie paſſe d'une perſonne à l'autre. Car quoique pour l'ordinaire celui à qui l'on transfere la Proprieté doive ſçavoir ce que l'on fait en ſa faveur, (1) & être capable de donner à connoître par des ſignes convenables l'intention qu'il a d'accepter la choſe transferée, & de la poſſeder en propre ; cependant l'uſage reçu de toutes les Nations civiliſées veut que les Enfans, & ceux-là même qui ſont encore dans le ventre de leur Mere, puiſſent acquérir & conſerver un droit de Proprieté ſur les biens qu'on leur transfere (a). La Raiſon & l'Equité Naturelle autoriſent auſſi un tel établiſſement ; car les choſes qui entrent en Proprieté ne ſervent pas moins aux Enfans qu'aux Hommes faits, pour les uſages de la Vie, & ſont même beaucoup plus néceſſaires aux premiers, à cauſe de leur peu de forces, & de la foibleſſe de leur Jugement, qui ne leur permettent pas de pourvoir à leurs beſoins & de ménager auſſibien leurs interêts. Ainſi, ſans aucune acceptation, proprement ainſi dite, de la part des Enfans, on a lieu de préſumer qu'ils conſentent de recevoir ce qu'on leur donne, par la raiſon que perſonne ne refuſe une choſe qui lui eſt avantageuſe. Cependant, à cauſe du défaut de Jugement & du manque de conduite qui eſt attaché à cet âge

(a) Voyez *Digeſt.* Lib I. Tit. V. *De ſtatu hominum*, Leg. VII. XXVI. & Lib. V. Tit. IV. *Si pars heredit. petatur*, Leg. III.

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. VI. §. 2.

§. XV. (1). Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. I, §. 7. & ci-deſſous Liv. IV. Chap. XII. §. 10. Joignez-y Grotius, *Liv.* II. *Chap.* III. §. 6. & *Chap.* V. §. 2. *num.* 3. avec mes Notes.

tendre, on n'a pû transferer aux Enfans que le droit de Proprieté, ſéparé du pouvoir de l'exercer par eux-mêmes; (b) cet établiſſement des Peuples fait en faveur des Enfans, ayant bien aſſez de force pour leur aſſurer un droit de Proprieté, mais non pas pour les mettre en état d'en bien uſer. Et afin que le droit des Enfans ne leur devînt pas inutile, la Loi de l'Humanité vouloit encore que quelque perſonne faite ſe chargeât d'adminiſtrer en leur nom leurs affaires, juſques à ce qu'ils fuſſent en âge de les gouverner eux-mêmes. Cette commiſſion ſe donne quelquefois à une certaine perſonne choiſie par celui-là même qui transfere ſes biens à un Enfant; quelquefois les Loix ou le Magiſtrat y pourvoyent; & au défaut de l'un & de l'autre, la Parenté, le Voiſinage, l'Amitié, ou enfin la Loi de l'Humanité toute ſeule, chargent de cet emploi officieux quelque perſonne capable, (2) & qui n'ait aucun intérêt à s'en mal acquitter. Mais de quelque maniere que le manîment & le ſoin des biens d'un Enfant ait été confié à une perſonne, elle doit les adminiſtrer avec la derniere fidelité, en conſidération de la foibleſſe & de l'incapacité de celui à qui ils appartiennent. Un ancien Poëte faiſant le dénombrement de pluſieurs crimes qu'il regarde comme également atroces, met toute ſorte de (3) *tromperies faites à un Orphelin*, au même rang que la violation des droits de l'Hoſpitalité, & du reſpect que l'on doit à ſes Parens, ou que l'outrage ſanglant fait à un Frere dont on débauche la femme. PLATON auſſi appelle avec raiſon les Pupilles, *le plus* (4) *précieux & le plus ſacré de tous les dépôts*. L'équité

(b) Voyez *Galat.* IV, 1.

(2) Par une Loi de *Charondas*, comme le remarque ici notre Auteur, *l'adminiſtration des biens des Pupilles étoit commiſe aux parens paternels; & l'éducation des Pupilles aux Parens maternels.... La raiſon en étoit, qu'il y avoit lieu de préſumer, d'un côté, que les Parens maternels n'ayant rien à prétendre à la ſucceſſion des Pupilles, ne penſeroient pas à dreſſer des embûches à leur vie; de l'autre, que les Parens paternels n'étant pas chargez de la perſonne des Pupilles, n'en trouveroient pas l'occaſion s'il leur en prenoit envie. Cependant comme, au cas que les Pupilles vinſſent à mourir de maladie ou de quelque autre accident, la ſucceſſion échéoit aux derniers, il étoit à croire qu'ils prendroient plus de ſoin de ces biens, dans l'eſpérance qu'ils pourroient bien leur revenir un jour.* Ζητουμένης γὰρ τῆς αἰτίας, δι' ἣν ἄλλοις μὲν τὴν οὐσίαν, ἑτέροις δὲ τὴν τῶν ὀρφανῶν τροφὴν ἐπίστευσιν, ἐκφαίνεταί τις ἐπίνοια τοῦ νομοθέτου περιττή. οἱ μὲν γὰρ ἀπὸ μητρὸς συγγενεῖς, οὐ προσήκοντες τῇ κληρονομίᾳ τῶν ὀρφανῶν, οὐκ ἐπιβουλεύσουσιν· οἱ δ' ἀπὸ τοῦ πατρὸς οἰκεῖοι ἐπιβουλεῦσαι μὲν οὐ δύνανται, διὰ τὸ μὴ πιστεύεσθαι τοῦ σώματος, τῆς δ' οὐσίας εἰς ἐκείνους καθηκούσης, ἐὰν οἱ ὀρφανοὶ τελευτήσωσιν ἢ διὰ νόσον, ἤ τινα ἄλλην περίστασιν ἀκριβέστερον οἰκονομήσουσι τὰ χρήματα, ἃς ἰδίας τὰς ἐκ τῆς τύχης ἐλπίδας ἔχοντες. DIODOR. SICUL. *Lib.* XII. C. XV. page 81. C. *Edit. Rhodomann.* Selon PUBLIUS SYRUS, un Malade ne fait pas bien de conſtituer héritier ſon Medecin.

*Malè ſecum agit æger, Medicum qui heredem facit.*
verſ. 374.

Voyez encore la Loi de *Solon* au ſujet des Tuteurs, rapportée par DIOGENE LAËRCE, Lib. I. §. 56. *Edit. Amſt.* Toutes citations de l'Auteur. Voyez MENAGE ſur le paſſage de *Diog. Laërce*, qui vient d'être cité. Au reſte, ſelon le Droit Romain les choſes ont été réglées d'une maniere à ne tenir aucun compte des inconvéniens que *Charondas* & *Solon* avoient ſagement prévûs, & taché d'eviter. On aima mieux imiter *Lycurgue*, qui appelloit à la Tutelle les plus proches Parens appellez auſſi à la Succeſſion. Voyez INSTITUT. Lib. I. Tit. XV. *De Legitima Adgnatorum Tutela.* Mais les *Romains* ne furent jamais auſſi deſintereſſez que les *Lacédémoniens*; & il paroît aſſez par les précautions que le Préteur enſuite jugea à propos de prendre pour le lieu & la maniere de l'éducation des Pupilles, qu'on reconnut le danger auquel les expoſoit l'eſperance de la Succeſſion jointe avec la Tutelle. Voyez les Titres du DIGESTE, & du CODE, *Ubi Pupillus educari vel morari debeat*, &c. Conferez ici ce que dit Mr. HEINECCIUS, *Antiq. Roman. Juriſprudentiam illuſtrant.* Lib. I. Tit. XIII. §. 5, 6.

(3) Ὅς τέ τευ ἀφραδίῃς ἀλιταίνεται ὀρφανὰ τέκνα.
HESIOD. *Oper. & Dier.* verſ. 330. *Edit. Cleric.*

(4) Παρακαταθήκην εἶναι μεγίστην ἡγουμένοι καὶ ἱερωτάτην [ὀρφανὰ τέκνα] *de Legib.* Lib. XI. page 972. E. *Edit. Wechel.* (page 927. C. Tome II. *Edit. Steph.*) Il y a enſuite pluſieurs choſes ſur les Devoirs des *Tuteurs*. Voyez auſſi DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel.* I. Part. Liv. II. Tit. I. & les Interprêtes ſur DIGEST. Liv. XXVI. Tit. I. *& ſeqq.* Par le Droit Romain, un Tuteur, convaincu de malverſation, étoit noté d'infamie, s'il y avoit de ſa part de la mauvaiſe foi; mais non pas s'il n'y avoit qu'une ſimple négligence, quoique groſſiére. C'eſt ce que Mr. NOODT prouve tres-bien dans ſes *Probabilia Juris*, Lib. I. Cap. XIII. contre l'opinion commune des Docteurs, qui prétendent que la peine avoit lieu également en l'un & en l'autre cas.

& les Loix de l'Humanité ne veulent pourtant pas toûjours qu'un *Tuteur* ſe charge de cet emploi gratuitement, ou enſorte qu'il lui en coûte quelque choſe du ſien (5).

---

## CHAPITRE V.

### *Des choſes qui peuvent entrer en Proprieté.*

Quelles qualitez doit avoir une choſe, pour être *ſuſceptible de Proprieté ?*

§. I. VOYONS maintenant quel eſt l'OBJET *de la Proprieté ;* c'eſt-à-dire, quelles ſont les choſes qui peuvent appartenir en propre à quelqu'un.

Il faut pour cela qu'elles ayent deux qualitez. La premiere, (1) *qu'elles ſoient de quelque uſage aux Hommes,* ou médiatement ou immédiatement, ou par elles-mêmes, ou par la liaiſon qu'elles ont avec d'autres. La ſeconde, *que l'on puiſſe s'en ſaiſir & les garder en quelque façon.* Il ſeroit également ſuperflu & ridicule, de vouloir s'approprier des choſes qui ne ſervent abſolument à rien. En vain auſſi s'approprieroit-on celles dont les autres peuvent joüir, auſſi-bien que nous, ſans notre conſentement, & ſans qu'il y ait moyen de les en empêcher.

Il eſt inutile de s'approprier *ce qui eſt d'un uſage inépuiſable.*

§. II. DE-PLUS, il y a des choſes inutiles qui ſont *inépuiſables*, à cauſe de leur vaſte étenduë, (a) qui fait que tout le monde peut s'en ſervir, ſans que pour cela chacun en ait moins. Il y auroit donc une ſordide meſquinerie, & une grande inhumanité à vouloir poſſéder en propre, par exemple, (1) la lumiere & la chaleur du Soleil, (2) l'Air, les Eaux courantes, & autres choſes ſemblables, que l'on regarde auſſi d'ordinaire comme n'appartenant à perſonne (3).

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. II. §. 3.

(5) Notre Auteur citoit ici GROTIUS, Liv. II. Chap. III. §. 6. & renvoyoit à trois Commentateurs de ce grand Homme, ſçavoir BOECLER, ZIEGLER, & FELDEN, qui ont tâché de prouver contre lui, que les Enfans ont la Proprieté de leurs biens, non ſeulement à l'égard de l'*acte premier*, ou du droit de poſſeder ; mais encore à l'égard de l'*acte ſecond*, ou du droit d'adminiſtrer par eux-mêmes leurs biens : car, dit-on, les Tuteurs n'ont qu'une ſimple adminiſtration du droit & des biens d'autrui. Selon toutes les apparences, ce n'eſt-là qu'une diſpute de mots.

CHAP. V. §. I. (1) Il eſt peut-être bien difficile d'apporter quelque exemple d'une choſe qui ſoit abſolument inutile, comme le remarque Mr. THOMASIUS, Juriſpr. Div. *Lib.* II. *Cap.* X. §. 123. Il ſuffit, à mon avis, qu'on trouve du plaiſir à l'avoir, & ainſi tout ce dont on voudra s'emparer, ſera utile. Je crois donc qu'il falloit omettre cette condition, comme ſuperfluë. Elle l'eſt d'autant plus, que ſi quelqu'un s'oppoſoit à ce qu'un autre s'appropriât une choſe, par la raiſon qu'elle ne ſert à rien, celui-ci pourroit, premierement, lui conteſter l'inutilité, & enſuite lui dire, *Que vous importe donc, ſi je veux l'avoir ?* A cela il n'y a point de réplique.

§. II. (1). L'Auteur citoit ici ce paſſage de PETRONE : *Quid autem non commune eſt, quod Natura optimum fecit ? Sol omnibus lucet. Luna innumerabilibus comitata Sideribus etiam feras ducit ad pabulum. Quid aquis dici formoſius poteſt ? In publico tamen manant.* Cap. C. *Edit. Burman.* Voyez OVID. *Metam.* VI. 349. Les Juriſconſultes Romains diſent formellement, que ces ſortes de choſes ſont *communes* par le Droit Naturel. *Naturali Jure communia ſunt omnium hæc : aër, aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris.* INSTIT. *Lib.* II. *Tit.* I. *De rerum divis,* &c. §. 1. Ils les appellent auſſi *publiques*, dans le même ſens, quoique les Juriſconſultes faſſent ordinairement de celles-ci une claſſe particuliere. Voyez les *Probabilia Jur.* de Mr. NOODT, Lib. I. Cap. VII, VIII.

(2) Voyez SELDEN, *Mare Clauſ.* Lib. I. Cap. 21. CUJAS, dans ſes *Obſervations*, Lib. X. Cap. VII. rapporte deux exemples ; l'un de l'ombre du Plâne, l'autre de l'Air, ſurquoi on avoit mis un impôt. Le premier ſe trouve dans PLINE, Lib. XII. Cap. I. Et l'autre dans CEDRENUS, qui l'attribue à l'Empereur *Michel le Paphlagonien.* Mais le paſſage de PLINE a été mal entendu par CUJAS, & autres qui l'ont ſuivi. Car, comme l'explique le Pere HARDOUIN, Sect. III. Note 4. l'Hiſtorien de la Nature veut dire ſeulement, que les Peuples même tributaires plantoient dans leurs Terres des Arbres qui n'étoient d'aucun revenu, comme le Plâne, qui ne ſert qu'à donner de l'ombre ; deſorte qu'ils s'aſſujettiſſoient ainſi par pur plaiſir à payer tribut en quelque façon pour l'ombre ſeule : *Ac tributarium etiam detinens ſolum, ut gentes vectigal & pro umbra pendant.* C'eſt auſſi l'explication que Mr. BURMAN propoſe dans ſon Traité *de Vectigalibus Populi Romani*, Cap. XII. page 254, 255.

(3) Rien n'empêche pourtant qu'on ne s'approprie en quelque maniere ces choſes, par rapport à une certaine étenduë qui s'en trouve renfermée dans nos terres. Notre Auteur lui-même en tombe d'accord au ſujet des Eaux courantes, Liv. III. Chap. III. §. 4. Mais il faut dire que, par les Loix de l'Humanité, on eſt obligé de ne refuſer à perſonne un uſage innocent de ces ſortes de choſes. TITIUS, Obſ. CCLXXXVII.

Cependant comme la Nature ne nous a pas donné des aîles, & que nous ne ſçaurions jouïr de la lumiere du jour & de l'air, ſans être poſtez ſur la ſurface de la Terre; on peut ôter à une perſonne l'uſage libre de ces choſes, & même l'en priver abſolument, en le mettant, par exemple, dans un cachot obſcur & puant. D'ailleurs, l'air n'étant pas également bon partout, on fait plus ou moins de cas d'un lieu que de l'autre, ſelon que l'air y eſt plus ou moins pur. Ceux qui cherchent le plaiſir, comptent auſſi pour beaucoup une belle vûë, ſurtout dans un bâtiment & dans une terre: C'eſt ce qui a fait introduire les *ſervitudes* (4) *pour les jours & pour les vûës.* Perſonne ne penſe à s'approprier (5) le Vent; mais on peut établir une ſervitude ſur un Fonds, en vertu de laquelle le Proprietaire de ce Fonds ſoit tenu de n'y élever aucun Bâtiment qui rende inutile un Moulin voiſin, en empêchant que le vent n'y donne aſſez pour le faire aller (6).

Pour s'approprier une choſe, il faut pouvoir la *garder* en quelque maniere.

§. III. Comme on ne ſçauroit ſe rendre maître d'une choſe, ni la poſſeder que d'une maniere conforme à ſa conſtitution naturelle; plus ce que l'on a peut être ſerré & renfermé étroitement, plus il eſt aiſé de faire valoir & de maintenir ſon droit de Proprieté. Il ne faut pourtant pas s'imaginer que les choſes ne ſoient point ſuſceptibles de Proprieté, par cela ſeul qu'elles ne peuvent pas être facilement garanties de toute invaſion d'autrui. Mais lorſqu'elles ſe trouvent d'une ſi vaſte étenduë, qu'il eſt moralement impoſſible de les garder en aucune maniere, ou que la garde en coûteroit beaucoup plus qu'il n'en reviendroit de profit; on préſume avec raiſon, que perſonne ne (1) ne veut s'approprier à ce prix-là des biens qui ſeroient ſi fort à charge. Ce n'eſt pas qu'il faille néceſſairement qu'une choſe, pour entrer en proprieté, ſoit ou puiſſe être renfermée (2) dans des bornes artificielles, ou de différente nature: il ſuffit qu'on en puiſſe déterminer l'étendue, de quelque maniere que ce ſoit. Ainſi Grotius n'avoit que faire, pour prouver que les Rivieres ſont ſuſceptibles de Proprieté, de dire (a) qu'*encore que ni la ſource ni l'embouchure d'une Riviere ne ſoient pas dans l'enceinte d'un Territoire, & qu'il n'y ait qu'une partie de ſon lit, jointe d'un côté au haut de la Riviere, & de l'autre au bas, ou bien à la Mer; la plus grande partie de la Riviere, c'eſt-à-dire, les côtez, ſont fermez par les bords, & la Riviere a peu d'étendue en comparaiſon des Terres.*

(a) Liv. II. Chap. III. §. 7.

Il y a des choſes dont l'uſage doit être commun, quoiqu'elles appartiennent en propre à quelqu'un.

§. IV. Enfin, il y a des choſes dont l'uſage eſt borné, enſorte qu'elles ne ſauroient ſervir à pluſieurs perſonnes; & ce ſont celles-là ſurtout que le bien de la paix demandoit qui paſſaſſent en proprieté. Mais on en voit auſſi qui ayant divers uſages, peuvent être épuiſées par rapport à quelques-uns, & ne ſauroient l'être par rapport aux autres. Comme rien n'empêche qu'on ne s'approprie les dernieres, la Loi de l'Humanité veut auſſi qu'on ne refuſe point l'uſage de ce en quoi elles ſont inépui-

Voyez auſſi Mr. Thomasius, *Inſt. Juriſpr. Divin.* Lib. II. Cap. X. §. 127. Je remarque même que notre Auteur ſuivoit cette idée, dans ſes *Elemens de Juriſprudence Univerſelle*, pag. 84. Voyez ci-deſſous, §. 4. & ce que j'ai dit dans mes Notes ſur Grotius, *Lib.* II. *Chap.* II. §. 3. & *Chap.* III. §. 7.

(4) L'Auteur en traitera ci-deſſous, Chap. VIII. §. 6.

(5) Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. I. §. 5.

(6) Voyez une Diſſertation de Mr. Thomasius, intitulée, *Non ens actionis forenſis contra ædificantem ex æmulatione*, §. 28. Mr. Titius traite en général du droit des *Moulins*, dans ſon *Jus privatum Romano-Germ.* Lib. VIII. Cap. XVI.

§. III. (1) On ne le pourroit pas, quand on le voudroit. La volonté ſeule ne ſuffit pas ici: il faut outre cela, être à portée de s'emparer d'une choſe, & que d'ailleurs la choſe en elle même ſoit de nature à être poſſedée d'une maniere ou d'autre. On ne s'empare d'une choſe que pour la poſſeder, & rien n'eſt plus ridicule que de pretendre poſſeder ce que l'on ne peut ni embraſſer, ni garder en aucune ſorte.

(2) Les bornes de la choſe appropriée, ſont les mêmes que celle de la poſſeſſion. Tout ce dont quelqu'un s'eſt emparé, eſt à lui autant qu'il en peut poſſeder & qu'il en poſſede actuellement; ce qu'il eſt aiſé de déterminer. On n'a que faire d'autres limites. Voyez Mr. de Bynkershoek, *de dominio Maris*, Cap. IX. page 69, 70.

ſables, à quiconque n'eſt pas de nos ennemis. Pour celles qui ſont inépuiſables à tous égards, il ſeroit ridicule de ne pas les laiſſer dans la communauté primitive. J'avoue qu'en matiere de *communauté poſitive*, lorſque la choſe commune étant partagée ſuffit à tous, rien n'empêche qu'on n'en aſſigne à chacun ſa portion ; ſinon, il vaut mieux en jouïr par indivis. Mais il eſt contre la Raiſon de prétendre partager une choſe qui s'offre, pour ainſi dire, d'elle-même à tout le Genre Humain, & qui ſuffit (1) abondamment aux différens beſoins de chacun. Il ne s'enſuit pourtant pas de là, que la Terre ne doive point être partagée. Car quoiqu'elle ſoit ſi grande qu'elle puiſſe fournir ſuffiſamment aux beſoins de tous les Peuples, elle ne les nourriroit point ſi on ne la cultivoit; & ainſi une auſſi grande multitude de gens que ceux qu'elle contient, n'y trouveroient pas tous les uſages qu'ils en retirent, s'il la poſſedoient en commun par indivis. Si donc la Terre a pû être partagée malgré ſa vaſte étenduë, c'eſt pour une raiſon particuliere, qui n'a point de lieu à l'égard de l'Océan, & qui n'empêche pas qu'il ne fût ridicule de le partager (a) entre pluſieurs Maîtres.

(a) Voyez *Ziegler*, ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. II. §. 3.

Du *Domaine de la Mer*. La permiſſion divine n'y eſt pas contraire ?

§. V. Mais c'eſt ſur le *Domaine* ou *l'empire de la Mer* que roule la principale queſtion que l'on agite ici ; car à l'égard des autres choſes il n'y a guéres de difficulté. Dans cette fameuſe diſpute, qui a été pouſſée avec tant de chaleur par de grands Eſprits de notre ſiécle, on a pû remarquer que pluſieurs ſe ſont propoſé de ſoûtenir les intérêts de leur Patrie, plûtôt que de trouver & de défendre la Verité. Quoiqu'il en ſoit, par leurs Ecrits mêmes, & par ceux de quelques autres perſonnes déſintéreſſées, la queſtion a été ſi bien approfondie & miſe dans un ſi grand jour, qu'on ne ſauroit preſque rien dire qui ne l'ait déjà été. C'eſt ce qui nous diſpenſe de nous étendre beaucoup ſur cette matiere ; les Livres (1) de ceux qui l'ont examinée à fond étant entre les mains de tout le monde.

Il eſt clair d'abord, que quand Dieu permit à l'Homme de dominer ſur la Terre, il lui donna auſſi droit de dominer ſur la Mer. En même tems qu'il dit (a), *Dominez ſur les Oiſeaux du Ciel, & ſur toutes les Bêtes qui ſe meuvent ſur la Terre*, il dit auſſi : *Dominez ſur les Poiſſons de la Mer.* Or cet empire de l'Homme ſur les Animaux ſuppoſe néceſſairement un droit de s'emparer de l'Elément où ils habitent, autant que la nature des choſes le permet. Je dis, *autant que la nature des choſes le permet* : car il eſt fait mention auſſi des *Oiſeaux* du Ciel ; & cependant, comme il eſt impoſſible aux Hommes de ſe promener dans l'Air ſans être ſoûtenus, leur empire ſur cet Elément ne ſauroit s'étendre qu'auſſi loin qu'ils peuvent y atteindre de deſſus la Terre qui les porte. Mais ils ont trouvé le moyen de pouſſer bien plus loin leur empire ſur la Mer, à la faveur de la Navigation, qui eſt préſentement parvenue au plus haut point de perfection ; enſorte que non ſeulement on tranſporte par eau des

(a) *Geneſ.* I, 28.

§. IV. (1) Cette raiſon n'a de force qu'autant qu'elle eſt jointe avec l'impoſſibilité de la poſſeſſion ; car de cela ſeul qu'une choſe eſt en ſi grande abondance, que quelque quantité que j'en prenne les autres en auront toûjours de reſte, il s'enſuit au contraire que je puis m'en approprier tout autant que je voudrai & que je pourrai en poſſeder ; puiſque chacun pourra en faire de même à ſon tour, & que perſonne n'y perd rien. J'étois ſurpris qu'on n'eût pas fait cette remarque ; mais je l'ai trouvée, depuis la ſeconde Edition de cet Ouvrage, dans Strauchius, *De Imperio Maris*, Cap. I. §. 8. comme j'en ai déja averti dans mes Notes ſur Grotius.

§. V. (1) Les plus conſidérables ſont le Traité de Grotius, intitulé, *Mare liberum* ; & celui que *Selden* y oppoſa, ſous le titre de *Mare clauſum*. L'Illuſtre Mr. *de* Bynkershoek a auſſi publié une Diſſertation que j'ai déja citée pluſieurs fois, dans laquelle, quoique courte, on trouve, à mon avis, la matiere traitée plus exactement & avec plus de netteté qu'on n'avoit encore fait. Elle parut en 1703. jointe à un Commentaire ſur la *Loi Rhodienne*, *de jactu* : & elle a été imprimée parmi les *Opera Minora* de ce grand Juriſconſulte, en 1730.

charges épouvantables ; mais on porte même de tous côtez la guerre ſur les Vaiſſeaux, avec un appareil plus terrible & avec plus de fureur qu'elle ne ſe fait ſur terre (2). Et au fond, je ne vois pas en vertu de quoi la Mer ſeroit diſpenſée, plûtôt que la Terre, de ſervir à nos beſoins & à nos commoditez. Cependant, comme la permiſſion divine ne conſtitue pas immédiatement par elle-même un droit de Proprieté valable par rapport à autrui, il a été libre aux Hommes ou de faire paſſer en proprieté la Mer, auſſi-bien que la plûpart des Terres, ou de la laiſſer dans l'état primitif de communauté, enſorte qu'elle n'appartînt pas plus à l'un qu'à l'autre.

Raiſons que l'on allégue contre le Domaine de la Mer.

§. VI. La queſtion ſe réduit donc à ſçavoir, ſi l'on trouve dans la nature même de la Mer quelque choſe qui empêche qu'elle ne puiſſe entrer en Proprieté ? Et c'eſt ce que quelques-uns ont tâché d'établir, en partie par des *raiſons phyſiques*, en partie par des *raiſons morales*.

Parmi les *raiſons phyſiques* on allégue la fluidité de la Mer, (1) qui, ſelon la nature de tous les Liquides, n'a point de bornes propres où elle ſoit renfermée. Mais les autres répondent, que la fluidité par elle-même n'empêche pas qu'une choſe ne puiſſe entrer en proprieté. D'ailleurs, la Mer a auſſi ſes bornes, ſçavoir les Rivages ; & il n'eſt pas fort difficile d'aſſigner (2) certaines limites à pluſieurs de ſes parties. Ajoûtons à cela, que comme les Rivieres, malgré leur cours perpetuel, ne laiſſent pas d'entrer en proprieté ; le mouvement des eaux de la Mer, produit ou par la violence des Vents, ou par ſon flux & reflux, n'empêche pas non-plus qu'on ne s'approprie quelques-unes de ſes parties. Car il faut diſtinguer entre la Riviere, & le courant de l'eau ; entre la Mer, & les eaux de la Mer. La vaſte étendue de la Mer n'en rend pas non-plus la garde tout-à-fait impoſſible, ni par conſéquent la Proprieté entierement inutile. Car on peut s'emparer de certains endroits de la Mer, & en défendre l'approche aux Etrangers, ou de deſſus la Terre même, lorſqu'un Golfe fermé par un petit Détroit ſe trouve comme enclavé dans un Pays, ou par des Vaiſſeaux de guerre, qui produiſent le même effet que les Forts bâtis ſur une Frontiere. Il faut avouer pourtant, que la garde de tout l'Océan eſt moralement impoſſible à un ſeul Peuple ; & qu'en vain entretiendroit-on des Flottes dans toutes les Parties de ce vaſte Elément, pour empêcher les autres d'y faire voile. Or c'eſt être fou que d'aſpirer où l'on ne ſauroit atteindre ; ſurtout ſi l'on ne cherche pas à ſe procurer quelque choſe de néceſſaire à la Vie, mais ſeulement à ſatisfaire une avarice inſatiable, ou une ambition démeſurée. Car quoique le manque de pouvoir phyſique n'emporte pas toûjours un défaut de pouvoir moral ; cependant comme celui-ci ſans l'autre eſt fort ſujet à demeurer inutile, à cauſe des paſſions dereglées des Hommes qui ne reſpectent guéres un droit auquel on peut donner atteinte impunément ; la Raiſon veut que l'on ne prétende pas plus que l'on ne peut commodément garder. Au reſte, ſi les Rivieres & certains endroits de la Mer peuvent être poſſedez en propre, ce n'eſt pas, comme

(2) On ne s'embarraſſe plus aujourd'hui (ajoûtoit nôtre Auteur) du reproche qu'Horace fait aux Hommes, en ces termes :

*Nequicquam Deus abſcidit*
*Prudens Oceano diſſociabilis*
*Terras, ſi tamen impiæ*
*Non tangenda rates tranſiliunt vada.*

Lib. I. Od. III, 21. *& ſeqq.*

Mettons ici la traduction vive & ſerrée de Mr. l'Abbé Pellegrin :

*Dieu, que vos ſoins ont été vains !*
*Pourquoi du vaſte ſein de l'onde*
*Separer le reſte du monde ?*
*Nous nous y traçons des chemins.*

§. VI. (1) Voyez le *Mare clauſum* de Selden, Cap. XXI, XXII. Lib. I.

(2) Comme par exemple, les Rochers qui paroiſſent hors de l'eau, les Bancs de ſable, les Caps qui ſont vis-à-vis l'un de l'autre, les Iſles ſemées en divers endroits, &c.

(3) Voyez

comme le ſoûtient GROTIUS (a), parcequ'en comparaiſon des Terres qui les environnent, ils ont ſi peu d'étendue, qu'ils peuvent paſſer pour en faire partie. Car ſuppoſé qu'un Peuple ſe ſoit établi au bord d'un grand Fleuve, enſorte que ſes Terres s'étendent en long, & non pas en large; le Fleuve ne ſera pas peu de choſe en comparaiſon des Terres, & cependant le Peuple n'en aura pas moins pour cela, à mon avis, la Proprieté pleine & entiere. C'eſt ainſi qu'il y a des Royaumes qui ſont beaucoup plus petits que leurs Provinces ou Pays conquis, & que leurs Dépendances.

(a) Lib. II. Cap. III. §. 7, 8.

La principale *raiſon morale* que l'on allégue ici, ſe tire de ce que l'uſage de la Mer eſt inépuiſable, (3) & ſuffit par conſéquent pour les beſoins de tout le monde, deſorte qu'il paroît fort inutile de partager ce vaſte Elément. Cette preuve ſeroit ſans contredit invincible, ſi l'on avoit démontré que la Mer fournit partout ſuffiſamment à tous les uſages qu'on en peut tirer; car la Proprieté ayant été introduite pour le bien de la paix, & l'effet de ce droit conſiſtant ſurtout en ce que quiconque envahit le bien des autres leur fait une injure qui donne lieu à la Guerre; c'eſt vouloir multiplier les occaſions de diſputes & de querelles, que de s'approprier une choſe dont tout le monde peut joüir paiſiblement en commun. Conſidérons donc ici un peu en détail les uſages de la Mer, pour voir ſi ce que l'on ſuppoſe eſt vrai à tous égards.

*Quels ſont les uſages de la Mer?*

§. VII. IL n'y a que les habitans des Côtes qui puiſſent *ſe baigner* dans la Mer, & y *puiſer* de l'eau: mais c'eſt un uſage peu conſidérable, & qui dans le fond ſuffit à tout le monde. L'eau de la Mer ſert encore à faire du *Sel*: mais c'eſt ſeulement ſur le rivage. La *Navigation* en elle-même eſt une choſe d'une utilité innocente (a) & qui ne peut jamais manquer. Mais il y a d'autres uſages qui, ou ne ſont pas entierement inépuiſables, ou peuvent cauſer du dommage à un Peuple dont la Mer baigne les Côtes, enſorte qu'il ne ſeroit pas de ſon intérêt que chacun pût y venir & y faire ce que bon lui ſembleroit. Il faut mettre au premier rang la *Pêche*, tant des Poiſſons que des autres choſes qui naiſſent dans la Mer; car quoique pour l'ordinaire il y ait une plus grande quantité de Poiſſons dans la Mer que dans les Rivieres ou dans les Lacs, cependant, s'il étoit permis à tous les Peuples de venir pêcher ſur les Côtes d'un Pays, cela diminueroit un peu la pêche & le profit des Habitans; d'autant plus qu'il y a certaines ſortes de Poiſſons, ou de choſes précieuſes, comme les *Perles*, le *Corail*, l'*Ambre*, qui ne croiſſent qu'en un ſeul endroit de la Mer, quelquefois même d'aſſez petite étendue. Pourquoi eſt-ce donc que les Habitans d'une Côte ne pourroient pas ſe prévaloir, à l'excluſion des autres, de la fécondité ou des rares productions de la Mer voiſine? Certainement on n'a pas plus de raiſon de s'en fâcher, ou d'envier un tel avantage à ceux qui en veulent joüir ſeuls, que de ſe plaindre de ce que tout ne croît pas (b) dans tout Pays. L'autre ſorte d'uſage dont il s'agit ici, c'eſt que la Mer ſervant de rempart aux (1) Côtes qu'elle baigne, il y a du danger à y laiſſer venir les Vaiſſeaux de guerre des Etrangers, ſans qu'ils en ayent demandé la permiſſion, ou qu'ils donnent des ſuretez qu'on n'en recevra point de dommage. De ſçavoir maintenant juſqu'où s'étend l'eſpace de Mer qui ſert de rempart à un Pays, & que le Maître de ce Pays a par conſéquent intérêt de s'appro-

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. VIII. Tit. III. *De ſervitut. præd. ruſticor.* Leg. XXIII. §. 1.

(b) Voyez *Virgil. Georgic.* I, 54. & ſeqq. *Plin.* Lib. IX. *Hiſt. Nat.* Cap. XV.

(3) Voyez ci-deſſus, §. 4. *Note* 1. & la Diſſertation de Mr. *de* BYNKERSHOEK, Cap. IX. page 68.

§. VII. (1) C'eſt ce que diſoit (ajoûte nôtre Auteur) le Duc de *Sommerſet*, Protecteur d'*Angleterre*, dans SLEIDAN, Lib. XX. *Nous ſommes environnez de tous côtez de l'Océan, comme d'un rempart très-aſſuré.* Page 351. Edit. 1559. En quoi il avoit plus de raiſon qu'ISOCRATE, qui dans ſon *Eloge de Buſiris*, appelle le *Nil* ἀθάνατον τεῖχος, *une muraille inébranlable & perpétuelle*, page 223, 224. *Edit. H. Steph.*

prier, (2) c'eſt ſurquoi on ne peut point établir de régle fixe & generale. Ce qu'il y a de certain, c'eſt qu'il faudroit être exceſſivement ombrageux pour vouloir, ſous ce prétexte, ſoûmettre à ſa domination une étendue d'eau de quelques centaines de lieues (3).

Comment on s'eſt emparé de diverſes parties de la Mer ?

§. VIII. Un Peuple peut donc avoir de bonnes raiſons de s'approprier une certaine partie de la Mer, enſorte que tous les autres lui doivent quelque reconnoiſſance de ce qu'il leur en permet l'uſage. Mais comme toute Proprieté valable par rapport à autrui, tire ſon origine de quelque acte humain, la Poſſeſſion, ou les Conventions (1) faites avec les voiſins, réglent l'étendue de l'empire de chaque Peuple ſur la Mer qui baigne ſes Côtes. Que s'il y a de la difficulté au ſujet de ces titres, & que la mémoire des actes par leſquels on a pris poſſeſſion d'un certain eſpace de Mer, ne ſe ſoit pas bien conſervé; il faut en décider par quelques préſomptions, dont nous allons établir les fondemens.

Avant que l'uſage de la Navigation fût connu, il y a beaucoup d'apparence que ceux qui s'emparoient de quelque endroit voiſin de la Mer ne s'approprioient que les Rivages; car comme, ſans une eſpece de Bâtiment, tout ce qu'on peut faire c'eſt de prendre ſur le bord de la Mer des Coquilles & des Poiſſons à écaille, ou de pêcher à la ligne, perſonne n'avoit à craindre que ſes Voiſins lui enlevaſſent ou diminuaſſent quelque choſe de ſa pêche, puiſqu'ils ne pouvoient venir que par terre, & qu'il n'étoit pas difficile de ſe précautionner de ce côté-là. Lors même qu'on ſe fût aviſé de conſtruire diverſes ſortes de Bâtimens, la Pêche ſur mer fut pendant longtems libre à tout le monde, parcequ'on ne croyoit pas qu'une profeſſion ſi pénible devînt aſſez commune pour que le grand nombre de ceux qui s'y adonneroient produisît des querelles & des troubles. D'ailleurs, avant qu'il y eût des Armées Navales, la Mer ſeule étoit par elle-même un rempart ſuffiſant contre les entrepriſes des Ennemis. Lorſqu'on eût inventé les Vaiſſeaux de guerre, on ſe contenta pendant longtems de s'approprier les Ports, le reſte de la Mer fut encore laiſſé dans ſa communauté primitive. C'eſt ce qui faiſoit que les Corſaires infeſtoient la Mer avec plus de licence, s'imaginant qu'il y avoit moins de mal à commettre des hoſtilitez dans des lieux qui n'étoient ſoumis à la juriſdiction de perſonne. Mais quand on eût remarqué le profit conſidérable qui revenoit du commerce de la Mer, ceux qui habitoient ſur la côte de quelque Détroit commencerent à ſe l'approprier, ſoit pour y lever des (2) impôts ſur les marchandiſes qui paſſoient, comme une partie du gain que faiſoient ceux qui les tranſportoient par-là, ou pour rendre leurs Villes plus marchandes, en y attirant les Négocians Etrangers. On ſe rendit maître enſuite de quelques autres parties de la Mer, ſoit à cauſe que la Pêche y étoit fort abondante, ou pour mettre à couvert les Païs qu'on poſſedoit. Cependant tout l'empire qu'on y exerçoit, ſe

(2) Mr. *de* Bynkershoek, dans ſa Diſſertation, *Cap.* II. dit, qu'on eſt cenſé s'emparer, de deſſus la Terre, d'un auſſi grand eſpace de Mer que l'on en peut garder par les armes; c'eſt-à-dire, aujourd'hui qu'on a l'uſage de l'Artillerie, juſqu'à la portée du Canon. Il rapporte là-deſſus un ordre que les *Etats Généraux des* Provinces-Unies donnérent aux Capitaines de leurs Vaiſſeaux, en 1671. de ſaluer, en paſſant ſur les côtes de quelque Prince Etranger, dès qu'ils ſeroient à la portée du Canon des Places de ce Païs.

(3) Nôtre Auteur citoit ici, pour illuſtrer ſon ſujet, comme il dit, ce paſſage de Cesar; dont il ſuffira de rapporter le ſens, ſelon que d'Ablancourt l'a exprimé. *Les* Germains *tiennent à grandeur d'être bornez par des déſerts, & des terres inhabitées; car outre qu'il n'eſt pas ſi aiſé de les attaquer, c'eſt une marque qu'ils ſont redoutables à pluſieurs Peuples.* De Bell. Gall. *Lib.* VI. *Cap.* XXIII.

§. VIII. (1) C'eſt ainſi, diſoit l'Auteur, que les *Athéniens* obligerent autrefois, par un Traité, le Roi de *Perſe*, à ne point envoyer de Vaiſſeau de guerre au-delà de la ville de *Phaſélis*, comme Isocrate s'en glorifie dans ſon *Panegéryque*, page 65. *B. Edit. H. Steph.* Voyez Grotius, Liv. II. Ch. III. §. 15 avec les Notes.

(2) Voyez Grotius Liv. II. Chap. III. §. 14.

réduiſoit preſque à empêcher qu'on ne fît du mal à perſonne en allant & venant par ces endroits-là, qu'on n'y piratât point, & que les Vaiſſeaux de guerre n'y vinſſent pas ſans permiſſion. C'eſt de là que (3) tire apparemment ſon origine la coûtume établie dans ces derniers ſiécles, en vertu de laquelle les Vaiſſeaux étrangers, qui paſſent devant une Fortereſſe, ou devant un Vaiſſeau de guerre du Prince qui s'attribue la proprieté de l'endroit de la Mer où ils font voile, ſont tenus de les ſaluer, (4) comme pour reconnoître la juriſdiction de ce Prince par l'hommage qu'on lui rend. Et il n'eſt pas néceſſaire que chaque Peuple faſſe voir en quel tems préciſément il s'eſt emparé de la proprieté de ſes Mers : car comme on n'a pas toûjours beſoin d'uſer de ce droit, il ſuffit qu'on l'ait fait valoir lorſque le bien de l'Etat le demandoit. On peut même, à mon avis, ſoûtenir, ſans abſurdité, que depuis l'invention des Vaiſſeaux de guerre, les parties de la Mer qui tiennent lieu de rempart à un Païs, & qui en ſont par conſéquent comme une dépendance néceſſaire, ont commencé d'appartenir en propre, ſans aucun acte corporel de priſe de poſſeſſion, au Souverain du Païs dont elles baignent les Côtes (a) ; car ſur ce pié-là, les Mers ſont à l'égard des Terres ce que les Foſſez & les Marais ſont à l'égard d'une Ville qui en eſt environnée ; c'eſt-à-dire, une eſpece d'acceſſoire. Or, comme pour ſe mettre en poſſeſſion d'un Immeuble il n'eſt pas néceſſaire d'en toucher toutes les parties, mais du moment qu'on en a touché une ſeule, on eſt cenſé s'approprier les autres : de même, quand un Peuple s'eſt emparé en général d'un Païs renfermé dans certaines bornes, quoique d'abord il n'eût pas deſſein d'étendre plus loin ſa domination, parcequ'il regardoit comme inutile quelque lieu vacant qui ſe trouvoit au-delà ; ſi dans la ſuite il le trouve à ſa bienſéance, il peut, ſans aucun nouvel acte de priſe de poſſeſſion, joindre ce lieu-là à ſes Etats, comme une partie & une dépendance néceſſaire, ſurtout lorſqu'il voit que les autres Peuples ont étendu leur empire ſur des Mers qui auparavant n'étoient à perſonne : car il a lieu de préſumer qu'ils ne prétendent pas qu'il ait (5) moins de privilége qu'eux. Concluons de tout ceci, qu'aujourd'hui que l'Art de

(a) Voyez *Ziegler* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. III. §. 11.

(3) C'eſt ainſi remarquoit ici notre Auteur, que les *Lacédémoniens* ayant envoyé quelques troupes à ceux d'*Epidaure*, à l'inſçu des *Athéniens* ; ceux d'*Argos*, qui étoient en guerre avec les *Epidauriens*, ſe plaignirent aux *Athéniens* de ce que, contre un article du Traité conclu entr'eux, ils avoient laiſſé paſſer par leur mer le ſecours que les *Lacédémoniens* envoyoient à leurs Ennemis. Les *Athéniens* alors informez de la choſe, regarderent le procédé des *Lacédémoniens* comme une infraction du Traité qu'ils avoient eux-mêmes fait enſemble. THUCYDID. Lib. V. Cap. LVI. *Edit. Oxon.*

(4) Mr. *de* BYNKERSHOEK, dans ſa Diſſertation, *Cap.* V. à la fin, ſoûtient que ce n'eſt pas toûjours un aveu de la Souveraineté de celui à qui l'on accorde cet honneur ſur l'endroit de la Mer où on le lui rend. Par exemple, dit il, les *Etats Généraux*, dans les Traitez de Paix des années 1654 1662. 1667. 1674. 1684. ont promis de baiſſer le pavillon devant les Vaiſſeaux du Roi d'*Angleterre*, dans toute la *Mer Septentrionale*, juſqu'au Cap de *Finiſterre* : mais c'eſt ſeulement parce que ſelon le Droit des Gens, toute République doit céder le premier rang à une Tête couronnée & à ceux qui la répréſentent. Au reſte, la coûtume de ſaluer, d'une maniere ou d'autre, les Vaiſſeaux de ceux à qui l'on ſe reconnoit inférieur, n'eſt pas auſſi nouvelle que nôtre Auteur l'inſinuë. On trouve dans APPIEN, comme l'a remarqué il y a long-tems JUSTE LIPSE, (*Elector.* I, 23. page 729. *Edit. Veſal.*) que *Marc-Antoine* & *Domitius Ænobarbus* s'étant rencontrez, le premier Licteur d'*Antoine*, ſe tenant à la prouë, ſelon la coûtume, cria qu'on mit bas l'enſeigne qui tenoit lieu alors de pavillon (καθελεῖν τὸ σημεῖον, pour rendre hommage à ſon Maître. *De Bell. Civil.* Lib. V. page 1118. *Edit. Tollii.*

(5) Dans toutes les Editions de l'Original, il y a ici un mot d'oublié : *reliquos populos haut quidquam deteriore conditione* [eum] *eſſe voluiſſe* ; autrement on ne ſçait ce que veut dire l'Auteur. J'ai donc ſuivi ſa penſée plûtôt que ſon expreſſion. Au reſte, ce que l'Auteur dit ici, qu'on peut, ſans un nouvel acte de priſe de poſſeſſion, s'emparer d'une choſe qu'on avoit négligée comme inutile ; ne doit être entendu qu'en ſuppoſant qu'il ſoit depuis ſurvenu quelque nouvelle raiſon, qui par elle-même rende néceſſaire l'acquiſition de ce qu'on ne s'étoit pas mis en peine de s'approprier. Ainſi depuis l'invention de l'Artillerie, la Mer voiſine d'un Païs a été par cela ſeul cenſée appartenir au Maître de ce Païs, auſſi loin que le Canon peut porter. Du reſte, il faut néceſſairement un acte formel de priſe de poſſeſſion ; ſans quoi chacun peut regarder comme vacantes & les Mers & les Terres non occupées ; car pourquoi celui qui les trouve à ſa bienſéance, ne s'en empare-t-il pas ?

la Navigation a été porté au plus haut point de perfection, tout Peuple qui en a quelque connoiſſance & quelque uſage, (6) eſt cenſé maître de la Mer qui baigne ſes Côtes, auſſi loin qu'elle lui ſert de rempart, ſurtout des Ports, des Rades, & des autres endroits où l'on peut aiſément aborder (7). Les Golfes & les Détroits appartiennent auſſi ordinairement au Peuple dans les terres duquel ils ſont enclavez. Que ſi divers Peuples ont des Terres ſur les Côtes d'un Golfe ou d'un Détroit, l'empire de chacun s'étend juſqu'au milieu, à proportion de la largeur de leurs Terres : à moins qu'ils ne ſoient convenus enſemble de faire valoir d'un commun accord leur droit contre les Etrangers, & de jouïr eux-mêmes par indivis de tout cet eſpace de mer ; ou qu'un ſeul n'ait acquis la Souveraineté entiere du Golfe, ou du Détroit, ſoit par quelque Convention expreſſe, ſoit par une conceſſion tacite des autres, ſoit par droit de Conquête, ſoit parceque s'étant le premier établi ſur les Côtes du Détroit ou du Golfe, il ſe l'eſt d'abord approprié tout entier, & a maintenu actuellement ſon droit contre celui qui eſt venu depuis habiter l'autre Côte : ce qui n'empêche pourtant pas que le dernier ne ſoit maître de ſes Ports & de ſon Rivage (8).

Le *vaſte Océan* n'eſt point ſuſceptible de proprieté.

§. IX. MAIS que dirons-nous de l'*Océan* qui environne les grands Continens de l'*Europe*, de l'*Aſie*, de l'*Afrique*, de l'*Amérique*, de la *Terre Auſtrale*, & des *Terres inconnues ?* J'avoue que ſa vaſte étendue ne le rend pas abſolument incapable d'entrer en proprieté. Mais il faut auſſi reconnoître, que ſi un Peuple ſeul, ou quelques-uns joints enſemble vouloient ſe l'approprier, à l'excluſion de tous les autres ; ce ſeroit un

(6) Voyez ci-deſſus, §. 7. *Note* 2. Pour tout ce qui eſt au-delà de l'eſpace de Mer que l'on ne peut garder de deſſus la Terre, Mr. *de* BYNKERSHOEK croit qu'on ne s'en rend maître qu'autant qu'on y fait voile à deſſein de ſe l'approprier; & il ajoûte qu'on ne conſerve la proprieté de ce dont on s'eſt emparé, que par une navigation continuelle, ou en ayant toûjours ſur pié une Flotte. C'eſt ainſi qu'autrefois les *Romains*, dont l'Empire embraſſoit l'*Europe*, l'*Afrique*, & l'*Aſie*, étoient maitres de la *Méditerranée*, par le moyen de quatre Flottes qu'ils entretenoient : la premiere, au Port de *Miſéne* ; la ſeconde, à *Ravenne* ; la troiſieme, à *Frejus* ; & la quatrieme, à *Byſance* ou *Conſtantinople*. Ils commandoient auſſi à cette partie de l'*Océan* qui eſt entre l'*Angleterre* & le Continent, tant parcequ'ils tenoient les terres d'un & d'autre côté, qu'à cauſe qu'ils avoient une Flotte dans la *Manche*. Mais aujourd'hui, ſelon Mr. de BENKERSHOEK, il n'y a point de partie de l'Océan, ni même de Mer enfermée dans les Terres, qui appartienne à aucune Puiſſance, qu'autant qu'on peut y dominer de deſſus terre ; parcequ'aucune Puiſſance n'en eſt actuellement en poſſeſſion de la maniere qu'on vient de dire. Je n'entre pas dans la queſtion de fait, ſur laquelle on peut conſulter l'Auteur. Pour ce qui eſt du droit, quoique comme on le verra plus bas, je n'aquieſce pas tout-à-fait à l'opinion de ce ſavant & judicieux Juriſconſulte, qui poſe pour maxime générale, qu'indépendamment des Loix Civiles, la Proprieté s'éteint toûjours avec la Poſſeſſion actuelle ; il me ſemble qu'il a raiſon de ſoûtenir cela par rapport à la Mer, & autres choſes ſemblables, qui demeurent telles que la Nature les a produites. Comme l'induſtrie humaine n'y ajoûte rien qu'une ſimple priſe de poſſeſſion, il s'enſuit que, du moment qu'on ceſſe de les poſſeder d'une maniere ou d'autre, on eſt & l'on peut être cenſé les abandonner. Suppoſé, par exemple, qu'il y ait une grande étenduë de Terres vacantes, qui ne ſoient pas environnées de tous côtez de celles d'un Etat, quoiqu'elles en ſoient voiſines ; ſi le Maître du Païs ne les fait ni cultiver, ni garder ; ou ſi l'ayant fait quelques tems, ils diſcontinuë, tout autre peut s'en emparer, auſſi-bien que lui, à moins que les Voiſins n'ayent renoncé à leur droit en ſa faveur : & en ce cas-là même, la renonciation de ceux-ci ne tirera point à conſequence pour les autres qui voudroient s'y établir, tant qu'elles ne ſont point actuellement occupées. A plus forte raiſon faut-il reconnoitre la néceſſité de cette poſſeſſion continuelle, à l'égard de la Mer, qui au-delà d'une certaine diſtance des Côtes, a beaucoup moins d'uſage & par elle-même, & avec tous les ſoins que les Hommes peuvent prendre pour la fertilizer en quelque maniere. D'ailleurs, il n'y a guéres qu'une avidité inſatiable, & un oubli prodigieux de l'Egalité Naturelle des Hommes, qui puiſſe ſuggérer des prétenſions ſi vaſtes, & ſi difficiles à maintenir, pour ne pas dire impoſſibles. Voyez le §. ſuivant.

(7) BODIN, dans ſon Traité *de Republica*, *Lib. I. Cap. ultim.* ſoûtient, après le Juriſconſulte BALDE (comme le remarquoit ici notre Auteur), que par le Droit des Gens, la juriſdiction d'un Prince s'étend à ſoixante milles de ſes bords.

(8) Voyez, au ſujet des droits & de l'étenduë de la juriſdiction des Souverains ſur les mers voiſines de leurs Etats, ALBERIC. GENTIL. *advocat. Hiſpan.* Lib. I. Cap. VIII. & XIV. & SELDEN, dans ſon Traité intitulé, *Mare clauſum*, Lib. II. Cap. XX. XXI. XXII. Ajoûtons en paſſant, diſoit encore notre Auteur, que ſelon le rapport d'EDOUARD CHAMBERLAYNE, dans ſa *Notitia Angliæ*, Part. I. Cap. IV. les Enfans nez ſur un Vaiſſeau dans une Mer de la dépendance des *Anglois*, ſont cenſez Anglois, & n'ont pas beſoin d'être naturaliſez, comme ceux qui naiſſent hors de l'*Angleterre*.

projet également vain & injuſte. La Navigation en elle-même eſt une choſe d'une utilité innocente, & l'on n'a pas beſoin de s'approprier la Mer pour ce ſeul uſage, puiſque l'on fait viole auſſi commodément dans une Mer commune, que dans une Mer qui eſt de nôtre juriſdiction. La Pêche dans le vaſte Océan, n'eſt pas non-plus de grande importance; & au fond ce ſeroit perdre ſon tems & ſa peine que d'entretenir perpétuellement des Flottes dans chaque partie de l'Océan, pour empêcher tous les autres d'y pêcher. Suppoſons pourtant qu'un Prince, pouſſé par une ambition démeſurée, ou par une avidité inſatiable de richeſſes, ſe donne le titre ſuperbe de *Maître de l'Océan,* & veuille attirer à lui ſeul tout le commerce de la Mer, & tout le profit de la Navigation. Imaginons-nous que, pour colorer ſes prétenſions ridicules, il ſoûtienne qu'il a le premier envoyé des Vaiſſeaux ſur l'Océan qui n'appartenoit encore à perſonne, de ſorte qu'il s'en eſt emparé par droit de premier occupant, & qu'il poſſede même des terres dans tous les Continens que l'Océan environne. Je dirai là-deſſus, qu'à la vérité il eſt permis aux Hommes de s'emparer des choſes qui n'appartiennent à perſonne, & de ſe les approprier; mais ils doivent ſe ſouvenir en même tems, que Dieu a donné le Monde à tout le Genre Humain, & que les Hommes ſont naturellement égaux. Ainſi la Convention tacite, par laquelle, dans le premier partage des Biens on laiſſa au premier occupant tout ce qui n'avoit été aſſigné en propre à perſonne (1), ne doit nullement être étendue à autoriſer l'acquiſition particuliere d'une choſe, qui étant poſſedée par un ſeul réduiroit tous les autres à un eſclavage fort incommode, & les priveroit de quelques avantages très-conſidérables, qui s'offrent à eux auſſi-bien qu'à lui; car un tel cas ne pouvoit jamais venir dans l'eſprit de ceux qui firent ce partage. Comme donc on ne doit blâmer perſonne de ce qu'il prend pour ſon uſage préſent, & même pour les beſoins à venir, une auſſi grande quantité qu'il veut des choſes qui ſont en commun; il faut auſſi ſe mocquer des ſottes prétentions d'un Peuple, qui par une avidité inſatiable, s'approprie plus de choſes qu'il n'en peut embraſſer, & ſe met dans l'eſprit d'étendre à l'infini les limites de ſon empire, ſeulement pour empêcher que les autres ne jouïſſent des préſens de la Nature. D'ailleurs, aucune des raiſons qui ont fait introduire la Proprieté des biens, ne ſauroit être appliquée au vaſte Océan. Ce n'eſt pas le travail ou l'induſtrie des Hommes, qui le rend navigable, à le conſidérer en lui-même; & les Vents n'ont pas plus de peine à pouſſer toutes les Flottes du monde, qu'à faire aller un ſeul Vaiſſeau. Quand un Vaiſſeau a paſſé par un endroit, la route n'en eſt pas moins commode pour ceux qui viennent après, & pluſieurs peuvent faire voile en même tems, ſans s'incommoder en aucune maniere les uns les autres. Pour avoir voyagé le premier dans un lieu, on n'en eſt pas dès-là le maître, & on n'a pas droit d'en chaſſer les autres. Il faut être bien impudent pour oſer dire, que chacun devant travailler à ſon propre intérêt, un Peuple peut fort bien fermer à tous les autres la route de l'Océan, pour s'emparer lui ſeul de tout le profit de la Navigation: comme ſi pour aſſouvir ſon avarice inſatiable, il étoit en droit d'incommoder tous les autres par un monopole très-injuſte; ou comme ſi ceux-ci devoient ſubir volontairement le joug, pour ſatisfaire l'ambition déméſurée d'un Souverain qui aſpire à l'empire de l'Univers. La Bonté Divine a fourni abondamment aux Hom-

§. IX. (1) Il n'eſt point néceſſaire d'avoir recours au but de cette Convention, laquelle, comme je l'ai aſſez fait voir ci-deſſus, eſt une pure chimére. L'Impoſſibilité de s'emparer du vaſte Océan, & d'en conſerver la poſſeſſion non-interrompuë, ſuffit pour faire voir le ridicule & l'injuſtice de ſes prétenſions ſuperbes Voyez le paragraphe précédent, *Note* 6. & la Diſſertation de Mr. Bynkershoek, Cap. VII.

mes les choſes qui leur ſont néceſſaires. La Raiſon veut que l'on ſe contente d'acquérir en propre ce qui paroît ſuffiſant pour nôtre uſage, ou pour celui des nôtres. Et ſi elle permet de penſer à l'avenir, ce n'eſt pas juſques à autoriſer une lâche envie, ou une avidité exceſſive, qui voudroient empêcher les autres de pourvoir à leurs beſoins. Deſorte que quand quelqu'un paſſe ces juſtes bornes, & ne fait nul ſcrupule d'opprimer les autres pour accumuler des richeſſes ſuperflues, ceux-ci ne ſont point blâmables de faire ce qu'ils peuvent pour le mettre au plûtôt à la raiſon

En quel ſens la navigation & le commerce de l'Océan doivent être libres à tout le monde ?

§. X. De là il paroît qu'une navigation paiſible de l'Océan eſt permiſe à tout le monde, puiſque ces vaſtes mers n'appartiennent à perſonne, & qu'elle devroit même être libre par la ſimple Loi de Humanité. Aucun ne ſauroit donc empêcher légitimement, que les autres Peuples voiſins de l'Océan, & qui ne ſont point ſes ſujets, ne négocient entr'eux : à moins que quelqu'un de ces Peuples ne ſe ſoit engagé, en ſa faveur, (a) à ne pas permettre qu'un tiers vienne négocier dans ſon Païs ; ou que le tiers n'ait renoncé (1) par un Traité, au droit qu'il avoit d'aller trafiquer chez l'autre (2) ; car chacun pouvant ou garder, ou vendre, comme bon lui ſemble, ſes marchandiſes, ſurtout celles qui ſervent plûtôt à un plaiſir ſuperflu qu'aux néceſſitez de la Vie, rien n'empêche qu'on ne s'engage envers quelqu'un, pour certaines raiſons, à ne les vendre qu'à lui ſeul. D'autre côté, il eſt libre à chacun de céder ſon droit à qui il veut, pourvû que par-là on ne porte point de préjudice à un tiers. Comme donc un Prince peut défendre de tranſporter hors de ſon Païs les denrées qui y croiſſent, & les marchandiſes qu'on y fabrique, à moins qu'il ne l'ait permis aux Etrangers ou par un Traité, ou de ſa pure grace (permiſſion qu'il n'eſt point obligé par le Droit Naturel de leur accorder, ſi ce n'eſt dans une extrême néceſſité, qui ſans cela les réduiroit à périr :) par la même raiſon, ſi un Peuple de l'*Europe* a acquis une Contrée dans l'*Afrique*, ou dans les *Indes*, par quelque voye qui, ſelon l'uſage reçu des Nations, ſoit un titre ſuffiſant de Propriété ; il pourra, quand bon lui ſemblera, n'en permettre abſolument l'entrée aux Négocians d'aucun autre Païs, ou ne la leur accorder qu'à certaines conditions, & moyennant certaines charges ; c'eſt ainſi auſſi qu'on en uſe tous les jours, & je n'y vois rien au fond de contraire au Droit Naturel ; car cette liberté de commerce, de laquelle on parle tant, n'empêche pas qu'un Etat ne puiſſe favoriſer ſes Sujets, & procurer leur intérêt préférablement à celui des Etrangers.

(a) Comme, par ex. l'Empereur de *Ceilan*, avec la *Compagnie Hollandoiſe des Indes Orientales*, dans *Phil. Bald. Deſcript. Oræ Malab. & Corom.* Cap. X. & XXII.

§. X. J'ai eu occaſion d'établir ceci par un exemple remarquable, dans ma *Défenſe du Droit de la Compagnie Hollandoiſe des Indes Orientales, contre les nouvelles prétenſions des Habitans des* Païs-bas Autrichiens, *& les raiſons ou objections des Avocats de la Compagnie* d'Oſtende. La piéce a paru en 1725.

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. III. §. 6, 9. 11.

CHAPITRE

# CHAPITRE VI.

## *De l'Acquiſition par droit de* Premier Occupant.

*Combien il y a de ſortes d'Acquiſitions ?*

§. I. L'Ordre veut que nous traitions maintenant des différentes *manieres d'acquérir la Proprieté* (1). On les diviſe, avec raiſon, après Grotius (a), en *Primitives*, & *Dérivées*. Les *premieres*, ce ſont *celles par leſquelles une choſe qui n'étoit à perſonne, commence à appartenir en propre à quelqu'un*. Les *autres*, ce ſont celles *qui font paſſer d'une perſonne à l'autre la Proprieté déja établie*.

(a) Liv. II. Chap. III. §. 1.

Chap. VI. §. I. (1) Avant que d'aller plus loin, il faut vuider ici une queſtion que Mr. *de* Bynkershoek nous donne lieu d'examiner. Ce grand Juriſconſulte ſoûtient, que par le Droit Naturel la Proprieté, comme elle commence par la Poſſeſſion corporelle, finit auſſi avec elle. Selon lui, du moment qu'on n'a plus une choſe en ſa puiſſance, elle redevient commune. Que ſi, depuis long-tems, l'uſage eſt que chacun demeure légitime Proprietaire de ſon bien, lors même qu'il ne le poſſede pas corporellement; c'eſt un effet des Loix Civiles & de la confédération des Membres de chaque Etat. Deſorte, ajoûte-t-on, que ſi une choſe qui appartenoit à quelqu'un ſe trouve dans un Païs Etranger, lui étant abſent & ne la gardant pas, elle demeure alors au premier occupant, à moins qu'il n'y ait entre les deux Etats quelque Traité particulier en vertu duquel ils doivent ſe regarder comme amis; car s'ils ſe ſont ſeulement engagez à ne pas ſe faire la Guerre l'un à l'autre, cet accord laiſſe ſubſiſter en ſon entier le droit naturel que chacun a de prendre ce dont l'ancien maître n'eſt plus en poſſeſſion. Mr. *de* Bynkershoek allégue là-deſſus des Autoritez du Droit Romain, & même un paſſage de St. Augustin cité dans le Droit Canonique : mais, comme il ne s'agit ici que des lumieres de la Raiſon, je ne m'arrêterai pas à examiner ſi ces paſſages ſont mal appliquez, comme le prétend un Juriſconſulte Allemand, qui a tâché de refuter le Chap. I. de la Diſſertation *de Dominio Maris* du Juriſconſulte Hollandois. C'eſt Mr. Titius, qui nous apprend qu'en 1704. c'eſt-à-dire, l'année après la publication du Livre de Mr. *de* Bynkershoek, il fit ſoûtenir à *Leipſic* une Diſpute Académique, *De dominio in rebus occupatis ultra poſſeſſionem durante :* Diſſertation que je n'ai point vuë, mais dont l'Auteur donne le précis dans ſon *Jus privatum Romano-Germanicum*, &c. Lib. III. Cap. VI. Je remarquerai ſeulement, à l'égard des citations du Droit Civil, qu'il pourroit bien être que les Juriſconſultes Romains n'étoient pas tout-à-fait d'accord entr'eux ſur la durée du droit de Proprieté, comme Mr. Noodt a montré qu'ils différoient dans la maniere dont ils concevoient qu'on acquiert la poſſeſſion, *Probabil. Jur.* Lib. II. Cap. VI. Pour les preuves tirées de la choſe même, Mr. Titius (*ubi ſuprà*) dit en un mot, 1. *Que l'hypothéſe de Mr.* de Bynkershoek *détruit toute ſorte de Droits, & réduit à rien en particulier celui de Proprieté ; car de quel uſage eſt un Droit qui s'éteint avec l'acte même par lequel on l'acquiert?* 2. *Qu'il n'y a aucune raiſon plauſible d'attribuer une ſi grande vertu à la Poſſeſſion, que la durée du droit de Proprieté en dépende préciſément & abſolument.* 3. *Enfin, qu'à l'égard des Droits Humains une poſſeſſion perpétuelle eſt impoſſible, & qu'ainſi on ne doit pas croire qu'elle ſoit néceſſaire pour les conſerver.* D'où il conclut, qu'à ſuivre les maximes de la Loi Naturelle, il faut dire au contraire, que la Proprieté une fois admiſe ſubſiſte toûjours, malgré le défaut de Poſſeſſion; à moins que le conſentement du Proprietaire même, ou les Loix Civiles, n'en diſpoſent autrement. Ces raiſons renferment, à mon avis, dequoi prouver aſſez bien ce à quoi elles ſont deſtinées : mais il faut les developper un peu, & ajoûter ce qui y manque. Je dis donc, que, de ce que la Proprieté doit ſon origine à la priſe de poſſeſſion, il ne s'enſuit point que le droit qu'on a acquis par-là ſur une choſe, ceſſe du moment qu'on ne la poſſede plus. Le but de la Nature, en donnant tout en commun aux Hommes, eſt que chacun ſe ſerve & diſpoſe à ſon gré de ce qu'il a pris, juſqu'à ce qu'il l'abandonne & qu'il le remette de nouveau au premier occupant; ſans quoi ce droit ſeroit de très-peu d'uſage. Ainſi la poſſeſſion ne fait rien-là, qu'autant qu'elle eſt une marque inconteſtable de la volonté qu'on a de retenir ce dont on s'eſt emparé. Pour être donc autorité à regarder comme abandonnée une choſe dont celui à qui elle appartenoit ne ſe trouve plus en poſſeſſion, il faut qu'on ait lieu d'ailleurs de croire qu'il a renoncé au droit particulier qu'il avoit acquis. Or, comme je l'ai remarqué dans la *Note* 6. ſur le §. 8. du Chap. précédent, on peut bien préſumer cela à l'égard des choſes qui demeurent telles que la Nature les a produites, ſurtout de celles qui ſont en fort grand nombre, ou d'une très-vaſte étenduë; quoique Mr. Titius ne faſſe pas cette diſtinction, & qu'il ſoûtienne que l'on demeure maître de la Mer lors même qu'on n'en eſt plus en poſſeſſion. Mais pour ce qui eſt de toutes les autres choſes, comme elles ſont des fruits de l'Induſtrie Humaine, qui ou les a fait venir en nature, ou leur a donné une nouvelle forme, ou les a domptées & apprivoiſées, ou les a tirées de leurs cachettes, tout cela avec un travail & des ſoins aſſez grands pour l'ordinaire; il me ſemble qu'on ne peut douter que chacun ne veuille conſerver ſon droit ſur elles, tant qu'il n'y a pas renoncé manifeſtement; & qu'ainſi il ne les regarde toûjours comme ſiennes, lors même qu'il n'eſt pas après à les garder, ou qu'il en a perdu la poſſeſſion par quelque accident, comme cela peut aiſément arriver & eſt même quelquefois inévitable. Il n'y a, au fond, rien que de très-juſte dans cette prétention, comme il paroît par ce qui a été dit ailleurs, ſur le Chap. IV. de ce Livre, §. 4. *Note* 4. & Mr. *de* Bynkershoek avouë que *les premiers Hommes ne laiſſerent en commun rien de ce que l'on pouvoit poſſéder*

Il y a de deux ſortes d'*Acquiſition primitive* (2) : l'une *ſimple & abſolue*, qui conſiſte à acquérir la Proprieté du *fond & de la ſubſtance même des Choſes* : l'autre *primitive à quelque égard ſeulement*, lorſqu'on acquiert un ſimple *accroiſſement* ſurvenu dans une Choſe qui nous appartenoit déja.

*De l'Acquiſition Primitive.*

§. II. Nous avons ſuffiſamment prouvé ci-deſſus, que quand les Hommes eurent jugé à propos d'abolir la communauté primitive, (1) ils convinrent d'aſſigner à chacun ſa part de ce qui étoit auparavant en commun ; diſtribution qui ſe fit, ou par l'autorité des Peres de famille, ou par un accord, ou par le ſort, ou en donnant le choix de ce qu'on avoit à partager. Toutes les autres choſes, qui n'entrerent point dans ce premier partage, furent laiſſées au *premier occupant*, c'eſt-à-dire, à celui qui s'en empareroit avant les autres par un (2) acte corporel, avec intention de ſe les approprier. Ainſi

*ſéparément. Leur avidité*, dit-il, *& leur déſir d'avoir étoit ſi grand, que c'eſt pour l'exprimer que la Fable nous les repreſente comme eſcaladant le Ciel.* Cap. II. pag. 10. Croirons-nous donc que des gens de cette humeur ayent conſenti que leur droit de Proprieté s'éteignit toûjours avec la Poſſeſſion corporelle, qu'il eſt impoſſible de conſerver toûjours ſans interruption ? Après avoir pris la liberté de dire ce que je penſe ſur les principes de Mr. *de* BYNKERSHOEK, je témoignerai hardiment mon indignation de ce que Mr. TITIUS (*ubi ſuprà*, §. 2. & 5.) le traite ſi cavalierement. Il devoit, à la premiere lecture de cette Diſſertation, ſentir le mérite de l'Auteur, & il ne l'auroit pas accuſé de favoriſer les ſentimens d'HOBBES, s'il avoit pris garde à la fin du Chap. III. Bien-loin de fonder le Droit & la Juſtice uniquement ſur les Conventions faites entre les Membres d'une même Societé Civile, Mr. *de* BYNKERSHOEK prévient l'objection qu'on croiroit pouvoir lui faire, qu'il donne au plus fort l'empire de la Mer. *Ce ne ſont pas là*, dit-il, *les principes de Juriſprudence que je ſuis ; je raiſonne ſur ceux de cette Juriſprudence Naturelle, qui accorde un droit égal à chacun, aux Foibles comme aux Forts, à ceux qui ont les armes à la main, & à ceux qui ſont ſans armes. . . . Je veux que chacun ſoit maintenu dans ſa poſſeſſion : Que ſi on l'en dépouille, & qu'il ſe trouve en état de tenir tête à l'injuſte Aggreſſeur, il pourra repouſſer la force par la force. La Nature l'y autoriſe, & toutes les Loix le permettent.*

(2) Cette diviſion convient auſſi aux *Acquiſitions dérivées.* Voyez ce que l'on dira ſur le Chap. ſuivant, §. 1. Au reſte, il faut diſtinguer encore les manieres d'acquérir la Proprieté, en *Naturelles*, & *Civiles*. L'*Acquiſition Naturelle*, c'eſt celle qui ſe fait ou par la ſeule volonté de l'Acquereur, en matiere de choſes qui n'appartiennent à perſonne ; ou par le conſentement mutuel de celui qui transfere la Proprieté, & de celui qui l'acquiert, en matiere de choſes qui appartiennent à quelqu'un. L'*Acquiſition Civile*, c'eſt celle qui ou transfere la Proprieté ſans un conſentement particulier du Proprietaire, ou demande quelque choſe de plus qu'un mutuel conſentement des Parties. TITIUS, Obſerv. CCXC. On trouve une ſemblable diviſion dans les INSTITUTES : *Quarundam enim rerum dominium nanciſcimur Jure naturali. . . . quarundam verò Jure civili.* Lib. II. Tit. I. §. 11. Voyez ci-deſſous, Chap. X. §. 1. *Note* 1. & Chapitre XII. §. 1. *Note* 1.

§. II. (1) Nous avons fait voir ſur le Chap. IV. §. 4. Note 4. que le premier occupant s'approprie par cela ſeul, & ſans ſuppoſer aucune Convention, tout ce qui n'eſt à perſonne, ou qui eſt en commun ; ainſi la priſe de poſſeſſion étoit par elle-même, dès le commencement, auſſi-bien qu'aujourd'hui, la ſeule maniere d'acquérir originairement la Proprieté. *Quod enim nullius eſt, id ratione naturali occupanti conceditur*, diſent les Juriſconſultes, DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. Leg. III. *princip.* Mais ſi pluſieurs perſonnes s'emparent en commun d'une choſe ſans maitre, & la partagent enſemble : ce partage alors ſera, par rapport à chacun de ceux qui compoſent cette multitude, le titre primordial d'acquiſition ; c'eſt-à-dire, le fondement immediat du droit particulier qu'il a acquis ſur ce qui lui eſt échu, & a quoi il n'avoit auparavant qu'un droit commun. Voyez Mr. TITIUS. Obſ. CCXCI. *in Pufend.* & ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Ch. II. §. 1. *Note* 2.

(2) C'eſt ainſi que j'ai exprimé ces paroles de notre Auteur : *Quâ primus eodem corporaliter apprehendiſſet*, &c. Il expliquera lui-même, dans les §. 8. & 9. ce qu'il entend par-là. Remarquons pourtant, avec Mr. TITIUS, que la priſe de poſſeſſion actuelle (*occupatio*) n'eſt pas toûjours abſolument néceſſaire pour acquérir une choſe qui n'appartenoit à perſonne, c'eſt ſeulement un moyen de faire connoitre aux autres l'intention que l'on a de s'approprier une telle choſe. En effet, ce qui conſtituë proprement le droit du premier occupant, c'eſt qu'il a donné à connoitre avant les autres le deſſein qu'il avoit de s'emparer d'une choſe. Si donc il témoigne ſa volonté par quelque autre acte auſſi ſignificatif, ou ſi les autres ont manifeſtement renonce en ſa faveur, au droit qu'ils avoient ſur la choſe qui n'appartenoit pas plus à lui qu'à eux ; il peut acquerir alors la Proprieté originaire, ſans aucune priſe de poſſeſſion actuelle. *Obſervat. in Pufend.* CCXCII. & *in Lauterb.* MX. Ajoûtons, qu'il faut auſſi être à portée de prendre ce dont on témoigne avoir deſſein de s'emparer : autrement l'avidité ſans bornes de biens de gens rendroit inutile le Droit des autres, & feroit une ſource perpetuelle de diſputes & de querelles. Une autre choſe qu'il faut remarquer, c'eſt que l'effet que nous attribuons ici à une ſimple déclaration de la volonté de s'approprier une choſe commune, ſe réduit à prévenir ceux qui pourroient avoir la même intention. Mais on n'a jamais prétendu, que cela ſuffit pour acquerir un plein droit de Proprieté, qui exclue déſormais toute prétenſion d'autrui. Si étant à portée de ſe mettre actuellement en poſſeſſion corporelle de la choſe dont on a témoigné vouloir s'emparer, on ne le faiſoit pas ; on donneroit lieu de croire qu'on ne s'en ſoucie point, & qu'on a changé de ſentiment.

Ainſi ceque dit *Grotius*, que *l'Acquiſition Primitive a pû ſe faire autrefois par voye de partage, lorſque le Genre Humain étoit encore aſſez peu nombreux pour pouvoir s'aſſembler en un même lieu ; mais que préſentement elle ne ſauroit ſe faire que par droit de premier occupant* (a) : cela, dis-je, doit être expliqué de cette maniere, c'eſt qu'auſſitôt que le Genre Humain eût commencé à former des Familles ſéparées, le partage que l'on fit des Biens produiſit des Domaines diſtincts, & que depuis ce partage une choſe ſans maître eſt acquiſe originairement à quiconque s'en ſaiſit ; c'eſt-à-dire, la prend ou ſe l'approprie avant les autres (3).

(a) *Liv.* II. *Chap.* III. §. 1.

Comment on s'empare d'un *Immeuble.*

§. III. On ſe rend maître par droit de Premier Occupant, ou des *Choſes Mobiliaires*, ou des *Immeubles* (1). A l'égard des *Immeubles*, il faut conſidérer ſi c'eſt une ſeule per-

ſentiment. Le déſir de s'approprier, & les ſignes qu'on en donne, pour exclure les concurrens, tendent par eux-mêmes à la jouïſſance du droit, qu'on ne peut avoir ſans la poſſeſſion. Ainſi dès-là qu'on néglige de ſe procurer cette jouïſſance, on renonce au droit qu'on venoit d'acquérir ; & les autres qui s'étoient laiſſez prévenir, recouvrent le leur. D'où il paroît, combien il eſt facile de répondre à ce que nous objecte Mr. Carmichael, dans ſes Notes Latines ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Homme, & du Citoyen*, Lib. I. Cap. XII. §. 6. *Note* 6. Il n'y a dit-il, dans une ſimple déclaration de volonté aucune peine, aucune induſtrie, comme il doit y en avoir, pour s'approprier des choſes qui ſont au premier occupant, ſelon les principes de Mr. Locke, que j'ai adoptez. Cette objection n'eſt fondée que ſur un mal-entendu, & il eſt clair maintenant, que tout eſt bien lié dans notre hypothéſe. L'Auteur, qui l'a rejette, ne l'auroit pas non-plus traitée de *paradoxe* tout nouveau, s'il s'étoit ſouvenu de ce que j'avois dit dans la ſeconde Edition, après Mr. Noodt, *Probab. Juris*, Lib. II. Cap. VI. que parmi les Anciens, & même parmi les Juriſconſultes Romains il y en avoit pluſieurs des plus célébres, qui étoient préciſément dans cette penſée ; quoique perſonne n'y eût pris garde avant le judicieux & pénétrant Juriſconſulte, qui en a donné de bonnes preuves.

(3) Notre Auteur faiſoit ici une remarque de Grammaire, dont il pouvoit bien ſe paſſer, ſur le ſens du terme Latin *occupare*, qui ſignifie ſouvent, *prévenir* les autres ; & il citoit ces paſſages, Senec. *Thyeſt.* verſ. 203. 204. Tacit. Hiſtor. Lib. V. Cap. I. num. 4. Edit. Ricqu. Plin. Lib. IV. Epiſt. XV. num. 11. *Edit. Cellar.*

§. III. (1) Il faut mettre au rang des *Immeubles*, premierement l'*Eſpace*, qui de ſa nature eſt entierement immobile. On peut le diviſer en *Commun* & *Particulier*. Le premier eſt celui des *Lieux Publics*, comme des Places, des Marchez, des Temples, des Théatres, des grands Chemins, &c. L'autre, c'eſt celui qui eſt perpendiculaire au Sol d'une poſſeſſion particuliere, par des lignes tirées tant du centre de la Terre vers ſa ſurface, que de la ſurface vers le Ciel. La poſſeſſion de cet Eſpace, auſſi loin qu'on peut y atteindre de deſſus terre, eſt abſolument néceſſaire pour la poſſeſſion du Sol : & par conſéquent l'Air qu'il renferme toûjours, quoique ſujet à changer inceſſamment, doit auſſi être regardé comme appartenant au Proprietaire, par rapport au droit qu'il a d'empêcher qu'aucun autre ne s'en ſerve, ou n'y mette rien ſans ſon conſentement ; quoiqu'en vertu de la Loi de l'Humanité il ſoit tenu de ne refuſer à perſonne un uſage innocent de cet Eſpace rempli d'air, & de ne rien exiger pour un tel ſervice. Chacun a auſſi droit d'élever un Bâtiment ſur ſon Sol auſſi haut qu'il veut, & rien n'empêcheroit qu'il ne le continuât en ligne perpendiculaire juſqu'au Tourbillon de la Lune, s'il étoit poſſible, & même au-delà, ſuppoſé qu'il n'y eût point d'Habitans dans cette Planéte. Mais ſi l'on pouvoit creuſer dans ſon fonds auſſi bas que l'on voudroit, il ne faudroit point paſſer le Centre de la Terre ; ce qui eſt au-delà, par rapport à nous, appartenant à nos Antipodes : quoique les Loix Civiles de certains Païs adjugent au Fiſc ce qui ſe trouve dans les Terres d'un Particulier à une profondeur plus grande que celle où peut pénétrer le ſoc de la Charrue. Il faut, au reſte, bien obſerver toujours les lignes perpendiculaires tirées de la ſurface du Sol tant en haut qu'en bas. Ainſi comme mon Voiſin ne ſçauroit légitimement élever un Bâtiment, qui par quelque endroit réponde directement à mon Sol, quoiqu'il n'y ſoit pas appuyé, & qu'il porte ſur des poutres prolongées en ligne horizontale : de même, je ne puis pas à mon tour, faire une Pyramide dont les côtez & les fondemens s'étendent au-delà de mon eſpace, à moins qu'il n'y ait là-deſſus quelque Convention entre le Voiſin & moi. Après l'*Eſpace* vient la ſubſtance même de la Terre, qui eſt ce qu'on appelle le *Fonds*, comme ſont les Places pour les bâtimens, les Bois, les Prez, les Champs, les Vignes, &c. On compte enſuite pour *Immeuble*, tout ce qui eſt adhérant à la ſurface de la Terre ou par la Nature, comme les *Arbres* ; ou par la main des Hommes, comme les *Maiſons*, & autres *Bâtimens* ; quoique ces ſortes de choſes puiſſent en être ſéparées & devenir mobiliaires. Tels ſont encore non ſeulement les *Moulins à vent*, dont les fondemens ſont attachez à la Terre, mais auſſi les *Moulins à eau* : car, quoiqu'il y en ait de portatifs, on ne ſçauroit s'en ſervir ſans quelque ancre ou quelque pieu qui entrent bien avant dans la Terre. Tout ce qui tient aux Maiſons & autres Bâtimens, comme ce qui eſt attaché avec du fer, du plomb, du plâtre, ou autrement, à perpetuelle demeure, eſt auſſi réputé immeuble. Les *Meubles* ou *Choſes Mobiliaires*, ſont par conſéquent toutes les choſes ſéparées de la Terre & & des Eaux : ſoit qu'elles en ayent été détachées, comme les Arbres tombez ou coupez, les Fruits tombez ou cueillis, les pierres tirées des carrieres ; ou qu'elles en ſoient naturellement ſéparées, comme les *Animaux*. Il y a de deux ſortes de *Choſes Mobiliaires* : les unes qui vivent & ſe meuvent d'elles-mêmes, & que l'on appelle *Meubles vifs ou animez* ; les autres qui ſont inanimées, & que l'on nomme *Meubles morts*. Voyez les *Elémens de Juriſprudence Univerſelle* de mon Auteur, page 87, 88. & les *Loix Civiles* de Mr. Daumat, Prélimin. Tit. III. Sect. I. §. 4. *& ſuiv.* Les Juriſconſultes Romains appellent ſouvent

ſonne qui s'en empare, ou bien pluſieurs enſemble. Un Homme eſt cenſé ſe mettre en poſſeſſion d'une Terre, lorſqu'il la cultive, ou qu'il y plante des bornes; mais il ne doit pas prendre plus de terrein que n'en peut vraiſemblablement garder une Famille, ſuppoſé qu'elle ſe multiplie avec toute la fécondité imaginable; car ſi quelqu'un, par exemple, venoit à être porté, avec ſa Femme toute ſeule, dans une Iſle déſerte, aſſez grande pour nourrir pluſieurs milliers de perſonnes; il ne pourroit, ſans une inſolence extrême, s'approprier cette Iſle toute entiere par droit de premier occupant, & ſe mettre en devoir de chaſſer ceux qui y ſeroient abordez depuis d'un autre côté.

Lorſque pluſieurs à la fois s'emparent enſemble d'une certaine Contrée, ils s'en rendent maîtres ou *en* (a) *général*, ou *par* (b) *parties*. Le premier arrive, lorſqu'une multitude de gens s'empare d'un commun accord de quelque Païs renfermé dans certaines bornes, établies ou par la Nature même, ou par la volonté des Hommes. L'autre ſe fait enſuite quand chaque partie du Païs eſt laiſſée au premier occupant de cette multitude; ou (ce qui eſt le plus ordinaire, & le plus propre à éviter la confuſion (2) & les querelles) lorſque par autorité de tout le Corps on aſſigne des Terres à chaque Particulier; dequoi on trouve divers exemples dans l'Hiſtoire. Ainſi les anciens Peuples d'*Allemagne* (c) *s'emparoient en commun, par* (d) *Villages, d'autant de Terres qu'ils en pouvoient cultiver tous enſemble: enſuite ils les partageoient ſelon la condition de chacun; la grandeur du Païs empêchant qu'il n'y eût entr'eux des différends pour ce ſujet. Mais on ne gardoit pas plus d'un an les mêmes Terres* (e): ce qui ſe faiſoit ſans doute en vûë de conſerver la ſimplicité de la vie des premiers Hommes, (f) & pour prévenir l'Avarice & le Luxe, avec leurs mauvaiſes ſuites. Parmi les *Vaccéens* (g), Peuple d'*Eſpagne*, il y avoit une plus grande communauté de biens: *car chaque année ils partageoient les Terres avec leurs revenus, & ſi un Païſan avoit mis quelque choſe à quartier, il étoit puni de mort*. Les *Apolachites*, Peuple de la *Floride*, travaillent en commun, & portent tout dans un Grenier public, d'où l'on diſtribue tous les mois à chacun ce qu'il lui faut pour la ſubſiſtance de ſa Famille (h).

§. IV. * A L'EGARD de l'acquiſition d'un Païs en général par droit de premier occupant, il faut remarquer qu'elle donne à tout le Corps, conſidéré comme tel, un droit de Proprieté ſur toutes les choſes contenues dans le Païs, tant immeubles que mobiliers, ſans en excepter celles qui ſe meuvent d'elles-mêmes; ou du moins le droit de ſe ſaiſir des dernieres, à l'excluſion de tous ceux qui ne ſont pas Membres du même Corps. Et cette Proprieté générale eſt tellement diſtincte de la Proprieté des Particuliers, que la derniere peut être transférée même à un Etranger, ſans préjudice du Domaine de l'Etat (a). C'eſt en ce ſens qu'un ancien Orateur diſoit: (1) *Le Païs eſt à l'Etat, mais chacun ne laiſſe pas d'être maître de ſon bien.*

Il n'eſt pourtant pas néceſſaire que chacune des choſes renfermées dans l'enceinte d'un Païs qui a été occupé en general par un Peuple, ſoit aſſignée en propre à quelque Particulier; & ce qui reſte, après le partage fait, ne doit pas être cenſé ab-

(a) *Per univerſitatem.*

(b) *Per fundos.* Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. II. §. 4. & Chap. VIII. §. 9. num. 1.

(c) *Tacit. De morib. German.* Cap. XXVI. num. 2.

(d) On lit *per vicos*, au lieu de *per vices*; aprés *Grotius*, & d'autres.

(e) Voyez auſſi *Céſar*, dans ſes *Mémoires*, *De Bello Gallic.* Lib. VI. Cap. XXII. & au ſujet des *Suéviens*, Liv. IV. Chap. I.

(f) Voyez ce que dit *Horace*, au ſujet des *Scythes*, L. III. Od. XXIV. verſ. 9. *& ſeqq.* & *Diodore de Sicile*, au ſujet des habitans de l'Iſle de *Lipare*, Lib. V. Cap. IX. pag. 292. B. *Edit. Rhodom.*

(g) *Diod. Sic.* Lib. V. Cap. XXXIV. p. 310, 311. Voyez auſſi, ſur la République des *Panchéens*, *ibid.* C. XLV. p. 320. D.

(h) *Rochefort*, *Deſcript. Antill.* Part. II. Cap. VIII. num. 8.

* C'eſt au Souverain à régler l'acquiſition des Immeubles par droit de premier Occupant.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. III. §. 4. *num.* 3.

les *Immeubles*, *res quæ ſoli ſunt.* LABEO *ſcribit, Edictum Ædilium Curulium de venditionibus rerum eſſe, tam earum quæ ſoli ſint, quàm earum quæ mobiles, aut ſe moventes.* DIGEST. Lib. XXI. Tit. I. *De Ædilitio Edicto*, &c. Leg. I. §. 1. Il ſeroit trop long de rapporter ici d'autres paſſages de ces Juriſconſultes, pour faire voir en détail quelles choſes ils comprennent ſous le nom d'*Immeubles*. On trouvera cela dans les Interprêtes du Droit Civil.

(2) TITE LIVE donne à entendre cela dans ce paſſage que nôtre Auteur citoit, où l'Hiſtorien repréſente l'irregularité des Bâtimens de *Rome*, produite par la confuſion avec laquelle chacun bâtit où il voulut: *Formâque urbis ſit occupatæ magis, quàm diviſæ ſimilis.* Lib. V. *in fin.*

§. IV. (1) Καὶ γὰρ ἡ χώρα τῆς πόλεως, ἀλλ' οὐδὲν ἧττον τῶν κεκτημένων ἕκαστος κύριός ἐστι τῶν ἑαυτοῦ. DIO CHRYSOSTOM. Orat. XXXI. *Rhodiac.* pag. 324. D. *Edit. Morell.* Voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. V. §. 1.

ſolument ſans maître ; mais il faut le regarder comme appartenant à tout le Corps (b). Cela a même lieu, à mon avis, par rapport aux Iſles déſertes qui ſe trouvent dans une Mer de la dépendance d'un Etat, ou qui (c) s'y forment tout nouvellement. On diſpoſe en diverſes manieres de ces ſortes de choſes. Quelquefois on fait entrer dans le Tréſor public les revenus qui en proviennent, pour les employer enſuite aux beſoins du Public. Quelquefois elles ſont laiſſées en commun à tout le monde, ſans en excepter les Etrangers. Quelquefois on n'en permet l'uſage qu'aux Citoyens, ou même ſeulement à ceux d'un certain ordre. Mais de quelque maniere qu'on en joüiſſe, le droit de chaque Particulier à cet égard dépend toûjours de la conceſſion & des réglemens du Peuple.

(b) Voyez encore *Grotius*, Liv. II. Chap. II. §. 4.

(c) On en trouve des exemples dans *Plin. Hiſt. Natur.* Lib. IV. Cap. XII.

Il y a néanmoins ici quelque différence entre les *Immeubles*, & les *Choſes Mobiliaires*. Les premiers étant expoſez à la vûë de tout le monde, & ne pouvant changer de place, ſont cenſez appartenir au Peuple en eux-mêmes & à l'égard de leur ſubſtance, du moment qu'il a pris poſſeſſion en general du Pays dont il font partie. (2) Mais il y a des choſes mobiliaires que l'on ne ſauroit découvrir ou ramaſſer ſans quelque peine & quelque induſtrie ; par exemple, les *Métaux* cachez dans les entrailles de la Terre, les *Pierres précieuſes*, les *Perles*, & autres ſemblables productions de la Nature, qui ſont diſperſées çà & là dans les Rivages ou ailleurs. Il y en a auſſi qu'il faut prendre avec adreſſe, & garder enſuite avec quelque ſoin, de-peur qu'elles ne nous écpappent ; telles ſont les *Bêtes ſauvages*, les *Poiſſons*, & les *Oiſeaux*. Comme, tant qu'on n'a pas encore trouvé ou pris ces ſortes de choſes, elles ne ſont pas en notre diſpoſition ; lorſqu'un Peuple s'empare en general du Pays où elles naiſſent, il ne ſe les approprie pas, à parler exactement ; il acquiert ſeulement le droit de ſe les approprier quand il voudra & qu'il pourra les prendre. Ainſi c'eſt mal parler que de dire, que les Bêtes, qui n'ont pas encore perdu leur liberté naturelle, appartiennent en propre au Souverain. La verité eſt, que le Prince étant maître du Païs où elles courent de côté & d'autre, a droit non-ſeulement de les prendre & de ſe les approprier ; mais encore de régler l'uſage d'un tel droit par rapport aux Particuliers, ou en le laiſſant à tout le monde ſans diſtinction, ou en ne l'accordant qu'aux Citoyens, & même à ceux d'un certain ordre ſeulement, ou enfin en ſe le reſervant à lui ſeul. Car quoiqu'à proprement parler ces ſortes de choſes ne ſoient encore à perſonne ; cependant comme, pour ſe les approprier, on ne ſauroit ſe paſſer des Terres ou des Eaux qui ſont actuellement occupées, le maître de celles-ci peut certainement empêcher, par quelque Ordonnance, qu'on ne s'en ſerve pour acquérir les premieres (d).

(d) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. II. §. 5. & Chap. III. §. 5, 19.

De la permiſſion de la *Chaſſe*, de la *Chaſſe*. de la *Pêche*, &c.

§. V. DE là il paroît, que le droit qu'ont les Particuliers, dans un Etat, de ramaſſer ou de prendre des choſes mobiliaires dont perſonne ne s'eſt encore emparé, d'aller à la grande ou à la petite Chaſſe, de pêcher, & autres choſes ſemblables ; que ce droit, dis-je, dépend uniquement de la volonté du Souverain, & non d'aucune Loi Naturelle. Les Souverains peuvent même défendre à leurs Sujets de s'emparer de quelque Contrée déſerte, (1) ſans préjudice pourtant du droit que les Etrangers ont

(2) Cette diſtinction n'eſt fondée que ſur une fauſſe idée de la poſſeſſion. Voyez ci-deſſus, §. 2. *Note* 2. La verité eſt, qu'on ne s'approprie pas moins les Choſes Mobiliaires que les Immeubles dont elles ſont un acceſſoire. Voyez la *Juriſprudentia Divina* de Mr. THOMASIUS, Lib. II. Cap. X. §. 147. *& ſeqq.* L'Auteur, pour ſuivre ſes principes, ſe jette ici dans des abſurditez manifeſtes. Voyez ci-deſſous, §. 7. *Note* 2. & ce que j'ai dit ſur l'Abregé des Devoirs *de l'Homme & du Citoyen*. L. I. C. XII. §. 6. *Note* 2. des dernieres Editions.

§. V. (1) L'Auteur veut parler ſans doute d'une Contrée déſerte, voiſine du Païs, mais qui ne ſoit pas renfermée dans les Terres de l'Etat ; car tout ce qui eſt environné d'une choſe occupée, eſt cenſé occupée

de ſe l'approprier par droit de premier occupant; mais enſorte que tout l'effet de ces défenſes ſe réduiſe à empêcher qu'aucun des Citoyens ne prenne poſſeſſion de cette Contrée ſans une permiſſion expreſſe; car les Citoyens ont plus ou moins de priviléges dans chaque Etat, ſelon que le Souverain le juge à propos. Parmi les anciens (a) *Hébreux*, l'Herbe des champs, les Fruits des Arbres d'une Forêt, les Poiſſons tant de Mer que de Riviere, les Oiſeaux, les Bêtes ſauvages; en un mot, tout ce qui ſe trouvoit dans quelque lieu déſert ou vacant, étoit au premier qui s'en ſaiſiſſoit. Il ne falloit pourtant pas chaſſer ſur les terres d'autrui: mais cela n'empêchoit pas que, ſi l'on y avoit pris, par exemple, un Oiſeau ou un Cerf, on n'en demeurât légitime maître. Les Juriſconſultes Romains diſent à-peu-près, la même choſe (2). Leurs Interprêtes prétendent, que par *Animaux ſauvages* qui ſont au premier occupant, il faut entendre ceux qui aiment naturellement à courir de côté & d'autre ſur la Terre, dans la Mer, ou en l'Air; enſorte que cela comprennent auſſi les Animaux qui ne ſont domeſtiques que parcequ'on les a apprivoiſez. Il vaudroit peut-être mieux dire, qu'il y a cette différence entre les *Animaux privez* & les *Animaux ſauvages*, que ceux-ci aiment moins à vivre parmi les Hommes, & à être gênez, ne s'apprivoiſant qu'avec beaucoup de peine, & même enſorte qu'on ne peut guéres s'y fier: quoique l'on ait trouvé dans des lieux fort éloignez, où il n'étoit jamais venu que peu ou point d'Hommes, des Oiſeaux qui ſe laiſſoient paiſiblement manier. Ce qui fait dire à (b) GROTIUS, que *ſi les autres Animaux nous fuyent, c'eſt plûtôt parceque nous ſommes ſauvages, que parcequ'ils le ſont eux-mêmes;* à moins qu'on ne veuille dire, que les *Animaux ſauvages* ſont d'un naturel plus indocile & moins traitable que les *Animaux privez*. Il faut remarquer en paſſant, que les Juriſconſultes Romains mettent mal-à-propos (c) les *Paons* & les *Pigeons* au rang des Animaux ſauvages (3); d'autant plus que, ſelon ce qu'ils diſent eux-mêmes des *Poules* & des *Oyes* (4) les Pigeons doivent paſſer plûtôt pour des Animaux privez, puiſqu'il y a des Pigeons privez, & des Pigeons ſauvages. Parmi les anciens *Hébreux* on ne pouvoit prendre un Pigeon qu'à trente ſtades, c'eſt-à-dire, environ quatre milles (d) de ſon Colombier. Mais les *Abeilles* (5) ſont ſans contredit d'un naturel ſauvage; car ſi elles reviennent à leurs Ruches, ce n'eſt pas qu'on les apprivoiſe, mais par un inſtinct natu-

(a) *Selden*, ex Maimonide, *De Jur. Nat. & Gent. ſecund. Hebr.* Lib. VI. Cap. IV.

(b) *Hiſtor. Belg.* Lib. V. pag. 272.

(c) Comme le remarque *Denys Godefroy*.

(d) *Conſt. l'Empereur, in Baba Kama*, Cap. VII. §. 7. Voyez auſſi *Selden, de Jur. Nat. & Gent. ſecundum Hebr.* Lib. VI. Cap. XI.

auſſi; & par conſéquent les autres ne peuvent y rien prétendre. Ainſi je ne comprens pas en vertu dequoi Mr. HERTIUS critique notre Auteur, comme s'il ſuppoſoit le contraire. Ce n'eſt pas une ſuite de la fauſſe hypothéſe de Mr. DE PUFFENDORF ſur le fondement du Droit de Proprieté: car la Convention qu'il croit néceſſaire pour rendre quelqu'un maître d'une choſe, s'étend, ſelon lui, à tout ce qui en eſt une dépendance néceſſaire, & cela paroit clairement par ce qu'il a dit ci-deſſus au ſujet de la Mer. Chap. V. §. 8. Mais comme il peut être de l'interêt de l'Etat que les Citoyens ne s'emparent pas de leur pure autorité, des Terres déſertes qui ſont même hors des bornes de ſa juriſdiction, l'Auteur fait ici cette remarque par occaſion; & la maniere dont il s'exprime, *Les Souverains peuvent* MEME, &c. le donne aſſez à entendre. C'eſt ſans doute une choſe beaucoup plus conſidérable, de s'émparer d'une étenduë de païs, que de prendre quelques Cerfs ou quelques Poiſſons: ainſi ce *même* ſeroit très-mal placé, s'il s'agiſſoit de quelque choſe qui appartînt déja à l'Etat en général.

(2) *Feræ igitur Beſtiæ, & Volucres, & Piſces, &* [*omnia*] *Animalia, quæ mari, cœlo & terra naſcuntur, ſimul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium ſtatim illius eſſe incipiunt. Quod enim ante nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur.* INSTIT. Lib. II. Tit. I. *De rerum Diviſione, & adquirendo ipſarum dominio*, §. 12. Voyez PLAUT. *Rud.* Act. IV. Scene III. Verſ. 32. & *ſeqq.* Paſſage que notre Auteur cite ici.

(3) *Pavonum quoque & Columbarum fera natura eſt.* Ibid. §. 15. Voyez auſſi *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. I. Leg. V. §. 5.

(4) *Gallinarum autem & Anſerum non eſt fera natura: idque ex eo poſſumus intelligere, quod aliæ ſunt Gallinæ, quas feras vocamus: item alii ſunt Anſeres, quos feros appellamus.* Ibid. §. 16.

(5) *Apium quodque fera natura eſt. Itaque quæ in arbore tua conſederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur eſſe, quàm Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint.* Ibid. §. 14. Voyez HIERON. MAGII Miſcell. Lib. I. Cap. 3. PLINE, comme le remarquoit nôtre Auteur, dit que les Abeilles ne ſont ni ſauvages, ni privées; mais quelque choſe entre deux: *Præterea quum ſint* [Apes] *neque manſueti generis, neque feri*, &c. Hiſt. Natur. *Lib.* XI. *Cap.* 5. Voyez auſſi *Lib.* VIII. Cap. 56.

rel : du reſte elles ne ſauroient ſe familiariſer avec les Hommes (6). Il y avoit pourtant des Juriſconſultes qui les diſtinguoient en ſauvage (e) & privées. Et, dans une *Déclamation* (f) de QUINTILIEN, on prouve au long, que tant qu'elles conſervent l'habitude de revenir à leur Ruche, elles appartiennent au maître de la Ruche ; enſorte que ſi on leur fait du mal, on eſt reſponſable envers lui du dommage qu'il en reçoit.

Au reſte, par les Loix Romaines il n'importe que ce ſoit ſur ſes propres terres, (7) ou ſur celles d'autrui, que l'on prend un Animal ſauvage ; parceque ces ſortes d'animaux, où qu'ils ſoient, demeurent dans leur liberté naturelle. Mais le (8) Proprietaire d'un Fonds, peut en fermer & en défendre l'entrée aux autres qui voudroient y venir chaſſer : ce qui n'empêche pourtant pas que ceux-ci ne s'approprient les Bêtes qu'ils y ont actuellement priſes contre ſes défenſes ; quoique CUJAS le nie, fondé ſur (9) une Loi du DIGESTE.

(e) *Digeſt.* Lib. XLVII. Tit. II. *De furtis*, Leg. XXVI. & Lib. XL. Tit. I. *De adquir. rerum Domin.* Leg. V. §. 3.

(f) Declam. XIII. Voyez *Dig.* Lib. X. Tit. II. *Familiæ erciſcundæ*, Leg. VIII. §. 1.

§. VI. MAIS quoiqu'il ſoit permis preſque partout de tuer les Bêtes malfaiſantes & ardentes à la proye, il y a bien des Pays où le droit de Chaſſe eſt reſervé aux Souverains, qui en font part quelquefois aux plus conſidérables de leurs Sujets. Diverſes raiſons ont pû contribuer à cet établiſſement. Il n'étoit pas à propos de laiſſer courir par les Forêts les Payſans & les Ouvriers ; ce qui non ſeulement leur auroit fait abandonner leur travail, mais encore les auroit inſenſiblement entraînez au brigandage (a). Si l'on permettoit toûjours à la Populace des Villes de porter des Armes, cela ſeroit auſſi capable de donner lieu à des troubles, à des ſéditions (b), & à des déſordres. D'ailleurs la Chaſſe, qui eſt une eſpece de Guerre, (1) convenoit merveilleuſement bien aux Princes & aux Gentilhommes, qui devant mettre en ſureté & défendre l'Etat par leur bras & leur épée, ne ſauroient trouver une plus belle occaſion de faire leur apprentiſſage, & de s'endurcir aux fatigues de la Guerre (c). C'eſt pour cela que (d) les *Perſes*, les *Médes* & les *Parthes*, cultivoient autrefois avec beaucoup de ſoin l'exercice de la Chaſſe. Il étoit juſte encore de laiſſer aux Princes ce noble divertiſſement, afin qu'il ſervît à les délaſſer des peines qu'ils ſe donnent pour veiller au repos public, d'autant plus que, ſi dans les Pays fort peuplez la Chaſſe étoit permiſe à tout le monde, chacun n'en retireroit que peu de profit. Pour ces raiſons, & autres ſemblables, quand un Prince le juge à propos pour le bien de l'Etat, il peut, de ſa pure autorité, défendre la Chaſſe au Commun Peuple, ſans faire tort à perſonne ; car il ne prétend point par-là le bien de ſes Sujets, il ne fait que leur interdire, en vertu de ſon autorité, une ſorte d'Acquiſition que le Droit Naturel tout ſeul leur auroit

Des défenſes de chaſſer dans les terres d'un Etat.

(a) Voyez *Conſuetudines Feudor.* Lib. II. Tit. XXVII. §. 5.

(b) Voyez *Cicer. in Verrem*, Lib. V. Cap. III.

(c) Voyez le *Panegyrique* de *Pline*, Cap. LXXI.

(d) Voyez *Xenophon*, *Cyropæd.* Lib. I. Cap. II. §. 10. *Edit. Oxon. Corn. Nepos*, in Alcibiad. Cap. XI. num. 5. *Edit. Cellar. Juſtin.* Lib. XLI. Cap. III. num. 3. *Edit. Græv. Tacit.* Annal. Lib. II. Cap. II. num. 5. *Edit. Ricou*, *Sueton.* Caligul., Cap. V.

(6) PLATON néanmoins (comme le remarquoit ici notre Auteur) ordonne dans ces Loix, que ſi quelqu'un pourſuit un Eſſaim d'Abeilles, qui appartient à autrui, & qu'en frappant ſur de l'Airain, il attire à ſoi les Abeilles qui aiment ce ſon ; il doit être condamné à un dédommagement envers le Proprietaire. Sur quoi (ajoûte-t-on) le Philoſophe ſemble ſuppoſer, que celui des Ruches duquel les Abeilles ſe ſont envolées, ne les pourſuive plus lui-même. Mais PLATON, au contraire parle de ceux qui veulent attirer & s'approprier, à la faveur du ſon de l'Airain, des Abeilles qui ſont dans une Ruche d'autrui. Voici le paſſage : Καὶ ἐὰν ἑσμοὺς ἀλλοτρίους σφετερίζῃ τὶς, τῇ τῶν μελιττῶν ἡδονῇ ξυνεπόμενος, καὶ κατακρούων οὕτως οἰκειῶται, τινέτω τὴν βλάβην. De Legg. Lib. VIII. pag. 843. D. *Edit. H. Steph.*

(7) *Nec intereſt, feras beſtias & volucres utrum in ſuo fundo quis capiat, an in alieno.* Ibid. §. 12.

(8) *Planè qui alienum fundum ingreditur, venandi aut aucupandi gratia, poteſt à domino, ſi is præviderit, prohiberi ne ingrediatur.* Ibid.

(9) C'eſt la Loi qui ſera citée plus bas, §. 9. *Note* 2. où l'on verra une explication qui fait évanoüir l'argument que CUJAS tire de cette Loi, *Obſerv.* IV. 2.

§. VI. (1) *Bajazet*, comme le rapportoit ici notre Auteur, après LAONIC CHALCONDYLE, Lib. III. avoit toûjours ſept mille hommes qui prenoient ſoin de ſes Eperviers, & il nourriſſoit ſix mille Chiens. Comme *Tamerlan* ſon vainqueur lui en faiſoit des reproches, lorſqu'après l'avoir pris il eût éloigné d'auprès de lui tout cet attirail de chaſſe, ce Prince infortuné lui répondit fierement : *Il me ſied bien à moi, qui ſuis Fils d'*Amurat, *& Petit-fils d'*Orcham, *tous deux Rois, de nourrir des Chiens & des Eperviers ; mais cela ne t'appartient pas à toi, qui n'eſt qu'un Scythe, & qu'un Brigand.*

(e) *Jus Naturale Permiſſivum.*

(f) *Præceptivum.*

(g) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. II. §. 5. Chap. III. §. 5.

(h) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VIII. §. 1, 5.

(i) Voyez au ſujet de la Chaſſe dans le *Pérou*, ſous l'Empire des *Yncas*, *Garcilaſſo de la Vega*, Hiſt. des Yncas, Liv. VI. Chap. VI.

permis. Je n'ignore pas que quelques perſonnes s'imaginent bonnement, que Dieu ayant donné aux Hommes en general l'empire ſur les Bêtes, & les Payſans étant Hommes auſſi-bien que les Nobles, on n'a pas plus de droit de défendre la Chaſſe aux premiers qu'aux derniers. Je ſçai bien auſſi, que ſelon les Juriſconſultes Romains la Chaſſe eſt permiſe par le Droit Naturel & par le Droit des Gens. Mais il y a longtems que les Sçavans ont répondu à cela, en diſtinguant le *Droit Naturel de* (e) *ſimple permiſſion*, d'avec le *Droit Naturel* (f) *Obligatoire*; & en expliquant les diverſes ſignifications du terme de *Droit des Gens*. (g). Ajoûtons, qu'il y a beaucoup d'apparence qu'en pluſieurs lieux le Peuple lui-même s'eſt de ſon pur mouvement dépouillé du droit de Chaſſe en faveur des Souverains (h); car comme il falloit leur aſſigner un Domaine qui leur fournît dequoi ſoûtenir un train & une dépenſe convenable à leur dignité, on ne pouvoit mieux faire que de leur laiſſer les choſes dont la poſſeſſion ne diminuoit rien des biens des Particuliers, telles que ſont toutes celles qui n'ont point encore de maître affecté (i).

Si une Bête, qu'un Chaſſeur a priſe contre la défenſe des Loix, lui appartient véritablement?

§. VII. Ces Loix néanmoins ne font pas, à parler à la rigueur, qu'un Prince ſoit actuellement Proprietaire des Bêtes dont la chaſſe eſt défendue aux Particuliers; elles lui donnent ſeulement le droit de s'approprier lui ſeul ces Bêtes, lorſqu'il voudra les prendre & qu'il en trouvera le moyen. Mais ce droit a un effet commun avec la Proprieté, c'eſt que quand une Bête a été priſe par quelque Particulier, contre les défenſes, le Souverain peut la reclamer, & l'ôter à l'injuſte poſſeſſeur Quelques-uns diſent ici, que les Loix ſuffiſant pour conferer la Proprieté, le Prince eſt véritablement Proprietaire de ces ſortes de choſes, même avant que de s'en être emparé. Je ne ſaurois pourtant goûter cette penſée; car les Loix Civiles peuvent bien à la verité faire enſorte que la Proprieté déja établie paſſe d'une perſonne à l'autre, ſans aucun acte particulier ni de celui qui l'acquiert ni de celui qui la perd : mais elles n'ont pas toutes ſeules la vertu d'approprier à quelqu'un une choſe qui n'eſt point encore actuellement au pouvoir des Hommes; il faut outre cela un acte corporel, ſurtout à l'égard des choſes qui ſe meuvent d'elles-mêmes. Or il y a bien de la différence entre, faire entrer en proprieté une choſe qui n'eſt encore à perſonne, & entretenir ou régler la Proprieté d'une choſe qui appartenoit déja à quelqu'un. D'autres au contraire prétendent (a) que les Loix Civiles, qui défendent la chaſſe, ôtent bien aux particuliers le droit de chaſſer, mais qu'elles n'empêchent pas qu'ils n'acquiérent & ne s'approprient véritablement ce qu'ils ont pris. Car, dit-on, il y a deux choſe qui étoient autrefois permiſes à tout le monde par le Droit des Gens : l'une, de chaſſer; l'autre, d'acquérir, par droit de premier occupant, la Proprieté des Bêtes qu'on avoit priſes. On a perdu le premier de ces droits, mais non pas le dernier. Si donc on ôte à un Particulier la Bête qu'il avoit priſe à la chaſſe, contre les défenſes, ce n'eſt pas qu'elle ne lui appartienne point; mais purement & ſimplement en punition de ſa déſobéïſſance, & parcequ'il ne mérite pas de conſerver une telle proye : de même qu'on prend quelquefois à ces ſortes de gens leurs Filets, leurs Toiles, leurs Dards, leurs Fuzils, & autres inſtrumens, qui ſans contredit leur appartenoient. De là vient que quand un tiers a acquis & reçu de bonne foi ce qui avoit été pris de cette maniere, on ne peut pas le revendiquer, & l'enlever d'entre ſes mains; ce qui auroit lieu pourtant, ſi la choſe étoit véritablement volée. En un mot, le Prince ne pouvant pas être regardé comme Proprietaire des Bêtes qui courent la campagne dans ſes Etats avant que de les avoir priſes, ceux qui chaſſent contre ſes défenſes ne prennent pas le bien d'autrui; ils ne font qu'acquérir une choſe

(a) *Gudelin. De jure noviſſim.* Lib. II. Cap. 2. *pag.* 44. *a* & après lui *Vinnius, ad* §. 13. *Inſt. De rer. diviſ.*

dont l'acquiſition étoit reſervée au Prince ſeul: ainſi, quoiqu'ils méritent châtiment, ils ne ſont pas coupables d'un veritable larcin. Un Commentateur de GROTIUS, (b) qui eſt de même ſentiment, dit que *comme le Souverain ne ſauroit faire enſorte que ce qui n'eſt à perſonne appartienne à quelqu'un, ou que l'on poſſede ce que l'on ne poſſede pas* (c) *; de même il ne peut point empêcher que ce qui a été déja acquis ne le ſoit pas.* Mais il ne faut pas s'imaginer, comme ces Meſſieurs le ſuppoſent ici, que ce ſoit par une neceſſité naturelle que le premier Occupant devient maître de la choſe dont il s'empare; car nous avons fait voir ci-deſſus, que cela dépend d'une (1) Convention. Si donc le Prince a défendu d'acquerir certaines choſes de cette maniere, on ne s'en rendra pas véritablement Proprietaire pour s'en être ſaiſi le premier; & quoique d'ordinaire on ne s'aviſe guéres de ſe faire rendre une venaiſon puante, ſurtout lorſqu'elle eſt tombée entre les mains d'un tiers, il ne s'enſuit pas qu'elle appartienne au Chaſſeur qui l'a priſe ſans permiſſion. Prendre n'eſt pas la même choſe qu'acquérir: le dernier emporte un effet moral, au lieu que l'autre eſt un pur acte phyſique. Il y a même une manifeſte contradiction à dire, que le droit de Chaſſe eſt reſervé aux Princes ſeuls, & que néanmoins un Particulier, qui a pris une Bête, contre les défenſes, s'en rend légitime Proprietaire. Mais ſi cela eſt, à qui appartiendra donc cette Bête, puiſqu'elle n'eſt point au Chaſſeur, & que le Prince ne l'a pas priſe lui-même? Je répons, qu'en ce cas-là (2) le Chaſſeur a agi comme miniſtre du Prince, quoique ſans ſon agrément & ſans ſon aveu; deſorte qu'en prenant la Bête il s'en eſt rendu maître au nom du Prince, comme s'il avoit été autoriſé par un ordre formel de ſa part. Il eſt certain encore que les Etrangers ne doivent pas contrevenir à ces ſortes de défenſes, quoique dans leur propre Païs la Chaſſe ſoit permiſe à tout le monde. Car c'eſt une choſe établie dans tous les Etats, & qui eſt abſolument neceſſaire pour y maintenir la tranquillité publique, que quiconque entre dans les terres d'un Souverain, même pour peu de tems, doit ſe conformer aux Loix de l'Etat, autant qu'elles lui conviennent; à moins que le Légiſlateur n'en ait expreſſément diſpenſé les Etrangers (d). Mais il y a ſur tout cela une maxime à obſerver, ſelon l'avis des perſonnes ſages, c'eſt qu'il ne faut faire valoir les Loix qui regardent la Chaſſe qu'avec modération & même avec quelque indulgence; à moins que l'inſolence & la hardieſſe des Particuliers à y contrevenir, ne demande une punition rigoureuſe (e).

(b) *Ziegler.* ad Lib. II. Cap. II. §. 5.

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. II. *De adquirenda, vel amittenda poſſeſſ.* Leg. III. §. 14.

(d) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. II. §. 5.

(e) Voyez *Boëcler* ſur *Grotius*, ibid.

*Quand c'eſt que les Immeubles ſont cenſez appartenir à quelqu'un par droit de premier occupant?*

§. VIII. Au reſte on s'empare d'une choſe lorſqu'on en prend poſſeſſion; ce qui ſe fait par une application corporelle ou immédiate, ou médiate, c'eſt-à-dire, à la faveur d'un inſtrument convenable. Ainſi, pour ce qui concerne les *Immeubles*, on s'en empare d'ordinaire en y mettant le pié, avec intention de les cultiver, & en y aſſignant des bornes ou exactement, ou avec quelque étendue; car pour avoir vû ſimplement une choſe, ou pour ſçavoir ſeulement où elle eſt, (1) on n'eſt pas cen-

§. VII. (1) On a prouvé le contraire, Chap. IV. §. 4. *Note* 4.

(2) Cette fiction à laquelle notre Auteur eſt obligé d'avoir recours, & qui paroît peu ſatisfaiſante, ou plûtôt contradictoire, ſuffit preſque pour faire voir qu'il raiſonne ſur de faux principes, & qu'on ne ſçauroit s'empêcher d'en venir à ce que nous avons dit dans la Note qui vient d'être citée.

§. VIII. (1) Notre Auteur appliquoit ici, après GROTIUS, Liv. II. Chap. VIII. §. 3. un paſſage qui ne fait rien au ſujet, que comme une illuſtration; car il s'agit d'autre choſe. C'eſt ce que dit *Céres*, après avoir appris ce qu'étoit devenuë ſa fille *Proſerpine*, qui avoit été enlevée:

*En quæſita diu tandem mihi Nata reperta eſt* ——
—— —— —— —— —— *Si*
*Scire ubi ſit, reperire vocas.* ——
OVID. *Metam.* Lib. V. verſ. 518, 519.

„J'ai enfin trouvé ma Fille, après l'avoir ſi long-tems „cherchée; ſi l'on peut dire que l'on a trouvé une „choſe, pour ſçavoir ſeulement où elle eſt“. Il valloit mieux parler ici de la diſpute que PLAUTE fait

ſé en avoir pris poſſeſſion. Mais de dire ſi l'on peut prendre poſſeſſion d'un Immeuble par le moyen d'un Inſtrument, c'eſt ce qu'il eſt aiſé de comprendre par cet exemple (a). *Une Colonie d'*Andriens *& de* Chalcidiens *ayant fait voile vers la* Thrace, *pour s'y établir, prit d'abord la ville de* Sané *par trahiſon. Ces gens-là ayant appris enſuite que les Barbares avoient abandonné la ville d'*Acanthe, *y envoyerent deux Eſpions pour ſçavoir ſi cela étoit bien vrai. Quand les Eſpions furent près de la Ville, ils virent clairement qu'elle étoit déſerte. Alors celui des* Chalcidiens *prit la courſe pour y entrer le premier, & s'en emparer par ce moyen au nom de ſes Compatriotes. L'Eſpion* Andrien *voyant que l'autre couroit plus vite que lui, lança un Dard qu'il tenoit, contre la porte de la Ville, & en même tems il ſe mit à crier, qu'il avoit avec ſon Dard pris poſſeſſion de la Ville au nom de ceux de ſon Païs. La-deſſus il y eut diſpute entre les* Andriens *& les* Chalcidiens, *& l'on prit pour arbitres les* Erétriens, *les* Samiens, *& les* Pariens. *Les deux premiers Peuples tenoient pour les* Chalcidiens; *& les derniers, pour les* Andriens. *Ceux-ci ayant donc perdu leur cauſe, furent ſi fort en colere contre les Arbitres, qu'ils jurerent de ne leur donner jamais leurs Filles en mariage, & de n'épouſer non-plus aucune des leurs.* Pour moi, il me ſemble qu'un Dard n'eſt pas un inſtrument propre à mettre en poſſeſſion d'un Immeuble: car il y a bien des choſes que l'on peut atteindre avec un Dard, deſquelles on ne ſauroit jamais approcher ſon corps (2).

(a) *Plutarch.* Quæſt. Græc. XXX. pag. 198. *Edit. Wechel.*

Quand & comment on s'empare des *Choſes Mobiliaires.*

§. IX. A L'EGARD des *Choſes Mobiliaires*, tout le monde convient que pour ſe les approprier par droit de premier occupant, il faut une priſe de poſſeſſion corporelle; enſorte qu'on les ôte de l'endroit où elles étoient (1), & qu'on les tranſporte dans le

naître entre deux Valets, dont l'un ayant pêché dans la Mer une Valize, l'autre prétendoit y avoir part, ſous prétexte qu'il l'avoit regardé du Rivage.

GRIPUS. *Quemne* [ vidulum ] *ego excepi in mari ?*
TRACHAL. *At ego inſpectavi è littore.*
Rudent. *Act.* IV. *Scen.* III. verſ. 79.

Rien n'eſt plus impertinent que cette Raiſon; car outre que *Gripus* n'avoit aucune connoiſſance de l'intention de *Trachalion*, celui-ci n'étoit à portée de prendre la Valize que quand l'autre en fut déja maître. Le raiſonnement, qui ſuit, n'eſt pas plu juſte ( je me contente de le rapporter ſelon la verſion de Madame DACIER ): *Eſt-ce que ſi l'homme à qui la Valize appartient venoit maintenant, moi qui t'ai regardé de loin lorſque tu l'as pêchée, je ſerois moins Voleur que toi ? Comment me prouveras-tu donc que participant au vol, je ne dois pas auſſi avoir part au gain ?*

(2) La déciſion des Arbitres, & celle de nôtre Auteur ne paroiſſent point ſatisfaiſantes. Il vaut mieux dire, que quand deux perſonnes en même-tems témoignent avoir intention de s'emparer d'une choſe qui n'appartenoit pas plus à l'un qu'à l'autre, la choſe eſt en commun à tous deux. TITIUS, *Obſerv.* CCXCIII. En effet, comme je l'ai déja dit, ce qui conſtitue proprement le droit du premier occupant, c'eſt qu'il a fait connoître avant les autres, de quelque maniere que ce ſoit, l'intention qu'il avoit de s'approprier une choſe; enſorte qu'auſſi-tôt qu'il a notifié cette intention, les autres, qui ſe ſont laiſſé devancer, ne doivent point aller ſur ces briſées; ce qui ſeroit auſſi malhonnête que ſi l'on couroit ſur le marché de quelqu'un. Mais lorſque deux perſonnes témoignent en même-tems en vouloir à une choſe, quoique l'un faſſe connoître ſon deſſein d'une façon, & l'autre de l'autre, cette concurrence leur donne un droit égal; enſorte que ni l'un ni l'autre ne ſçauroit s'approprier cette choſe, par quelque acte que ce ſoit, à l'excluſion de ſon compagnon. Il faut donc qu'ils s'accommodent. De là vient le Proverbe. *J'y retiens part.* Voyez les Interprêtes ſur les paſſages citez par Mr. NOODT, *Prob. Jur.* II, 6. & le P. VAVASSOR, *de vi & uſu quarund. locut.* page 165. *Edit. Amſt.* Mais je m'étonne qu'on ne voye pas que dans l'exemple dont il s'agit, il y a une raiſon particuliere, qui fait que ni la courſe de l'Eſpion *Chalcidien*, ni le trait décoché par l'Eſpion *Andrien*, ne ſervoit de rien pour faire que l'un ou l'autre prît poſſeſſion en particulier, au nom de ſes Compatriotes, de la Ville dont il s'agiſſoit; c'eſt qu'ils étoient ſans doute envoyez de la part de toute la Colonie: ainſi ils ne pouvoient s'emparer de cette Ville qu'en commun, quelque idée qu'on ait d'ailleurs de la nature de la priſe de poſſeſſion par Droit de premier occupant.

§. IX. (1) Cela n'eſt pas toûjours néceſſaire, comme il paroit par tout ce qui a été dit ci-deſſus. Ainſi dans l'exemple allegué par notre Auteur, ſuppoſé qu'ayant trouvé un Nid, & voyant que les Petits ont beſoin d'être encore auprès de leur mere, je les y laiſſe à deſſein de revenir une autre fois; ceux à qui je l'aurai dit, leur déclarant en même-tems mon intention, n'en agiront pas bien avec moi, s'ils font comme le Curé dont parle BOURSAULT dans une de ſes *Lettres*, à l'égard d'un Païſan, qui pour s'en venger lui alla faire une fauſſe confidence plus délicate; ſur quoi le Curé voulant ſçavoir toutes les particularitez de l'affaire, afin de jouer un ſemblable tour au Païſan, celui-ci lui répondit: *A d'autres, dénicheur de Merles!* Par les Loix de *Saxe*, ſi quelqu'un ayant trouvé dans le creux d'un

le lieu de ſon domicile, ou dans celui où l'on veut les garder. Ainſi, pour avoir touché de petits Oiſeaux dans leur Nid, ils ne nous appartiennent pas dès-lors, à moins qu'on ne les porte chez ſoi. Les petits d'une Bête ſauvage ne ſont pas non-plus à celui qui les a trouvez le premier dans une Caverne, s'il ne les tire de là pour les mettre en lieu de ſureté, ou du moins s'il ne les fait garder en attendant dans leur taniere, de-peur qu'ils ne lui échappent.

Les *Mains* ſervent ordinairement à s'emparer des Choſes Mobiliaires; mais cette priſe de poſſeſſion ſe fait auſſi avec des *Inſtrumens*, tels que ſont les *Lacets*, les *Trébuchets*, les *Filets*, les *Naſſes*, les *Hameçons*, & autres choſes ſemblables (a): bien entendu que ces Inſtrumens ſoient en nôtre pouvoir, c'eſt-à-dire, placez dans un lieu où l'on ait droit de chaſſer; & enſorte que la Bête qui s'y trouve priſe ne puiſſe échapper, du moins en autant de tems qu'il en faut pour aller y mettre la main deſſus. Par-là il eſt facile de décider la queſtion propoſée dans une Loi du Droit Romain (2),

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VIII. §. 4.

d'un Arbre un eſſaim d'Abeilles, y fait une marque qui donne à connoître qu'ils'en eſt allé chez lui chercher une Ruche pour enfermer ces Abeilles; perſonne ne peut après cela y toucher, elles ſont cenſées appartenir par droit de premier occupant à celui qui les a découvertes, & qui a témoigné le deſſein de ſe les approprier. C'eſt ce que j'apprens de Monſieur THOMASIUS, dans ſes *Notes* ſur HUBER, *de Jure Civitatis*, Lib. II. Sect. IV. Cap. II. page 455. Edit. 1708. où il prétend néanmoins que cette Loi n'eſt pas conforme au Droit de la Nature & des Gens. Mais je ne vois pas qu'il diſe rien qui détruiſe les principes ſur leſquels je raiſonne; non-plus que dans le cas ſuivant, où il décide autrement que je ne ferois. Suppoſons que quelqu'un ſe ſoit emparé d'une choſe qu'il trouve dans un lieu public; mais que ne pouvant pas la porter chez lui dès ce moment, il la laiſſe là, déclarant à un autre qui le voit, qu'il s'eſt approprié cette choſe & qu'il reviendra la chercher. En ce cas-là, dit Mr. THOMASIUS, le premier ne peut pas ſe plaindre ſi le dernier prend, même lui voyant, ce dont il s'eſt deſſaiſi, & qu'il a remis dans un lieu public. Mais il me ſemble au contraire, qu'il faut attendre que celui qu'on reconnoît avoir pris poſſeſſion de la choſe l'ait abandonnée. Or c'eſt ce qu'on ne ſçauroit préſumer raiſonnablement, que quand il demeure trop à la venir reprendre; car alors on a lieu de croire qu'il ne s'en ſoucie plus. Au reſte, je ſuis bien aiſe d'avertir, que dans l'endroit que je viens de citer, *page* 452, *& ſeqq.* Mr. THOMASIUS réfute l'hypotéſe de Mr. DE BYNKERSHOEK, ſur laquelle j'ai dit mon ſentiment ci-deſſus, §. 1. *Note* 1. mais je n'avois pas encore vû la Note de cet habile & judicieux Juriſconſulte, lorſque j'ai écrit la mienne, dans laquelle je n'ai rien changé depuis. On reconnoîtra auſſi bien-tôt que je ne ſuis pas toûjours les mêmes idées, quoique pour le fond nous ſoyïons d'accord.

(2) *In laqueum, quem venandi cauſa poſueras, aper incidit; cùm eo hæreret, exemptum eum abſtuli. . . . Reſpondit* [ PROCULUS ] *laqueum videamus, ne interſit, in publico an in privato poſuerim: & ſi in privato poſui, utrum in meo, an alieno: & ſi in alieno, utrum permiſſu ejus, cujus fundus erat, annon permiſſu ejus poſuerim? Præterea, utrum in eo caſu ita hæſerit aper, ut expedire ſe non poſſit ipſe, an diutiùs luctando expediturus ſe fuerit. Summam tamen hanc puto eſſe, ut ſi in meam poteſtatem pervenit, meus factus ſit. Sin autem aprum meum ferum in ſuam naturalem laxitatem dimiſiſſes, eo facto meus eſſe deſiſſet, & actionem mihi in factum dari oportere: veluti reſponſum eſt, cùm quidam poculum alterius ex nave ejeciſſet.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquirendo rerum dominio*, Leg. LV. Cette Loi n'avoit point été entenduë comme il faut par les Interprétes, ni même par *Tribonien*. Mr. NOODT avec ſa ſagacité ordinaire, a heureuſement découvert le ſens de l'ancien Juriſconſulte. Il fait voir dans ſes *Probabilia Juris*, Lib. II. Cap. VI. §. 3. que *Proculus* étoit du nombre de ceux qui croyoient que pour acquerir une choſe par droit de premier occupant, il ne faut pas toûjours une priſe de poſſeſſion corporelle; & il prouve que ces paroles, *ut ſi in meam poteſtatem* PERVENIT, *meus factus ſit*, ſignifient, *pourvû que celui qui a tendu les Toiles ſoit à portée de s'emparer corporellement, quand il voudra, du Sanglier qui s'y trouve pris*; c'eſt-à-dire, qu'aucun autre ne puiſſe le devancer, ſi c'eſt dans un lieu public; & que ſi c'eſt ſur les terres de quelqu'un, le Proprietaire ne l'empêche pas d'y entrer, comme il eſt en droit de le faire, & ne s'empare ainſi du Sanglier, ou ne le lâche. Mr. NOODT cite enſuite & corrige en même-tems une autre Loi, d'où il paroît que le Juriſconſulte PAUL, raiſonnant ſur les mêmes principes, ſoûtient qu'une perſonne s'eſt emparée d'un Tréſor caché dans ſon Champ, du moment qu'elle en a connoiſſance & qu'elle veut ſe l'approprier. NERATIUS *&* PROCULUS *& ſolo animo non poſſe nos adquirere poſſeſſionem, ſi non antecedat naturalis poſſeſſio. Ideoque ſi theſaurum in fundo meo poſitum ſciam, continuo me poſſidere, ſimulatque poſſidendi adfectum habuero: quia, quod deſit naturali poſſeſſioni, animus implet.* DIG. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel. amit. poſſ.* Leg. 3. §. 3. De la maniere que ces paroles ſont conçuës, le raiſonnement eſt abſurde; car il ſe réduit à ceci: La volonté ſeule de poſſeder ne ſuffit pas, ſi elle n'eſt précédée d'un acte corporel par lequel on ſe ſoit ſaiſi de la choſe; donc un Proprietaire poſſede le Tréſor qui eſt dans ſa Terre, du moment qu'il le ſçait, & qu'il veut le poſſeder. Mr. NOODT lit donc ainſi: NERATIUS *&* PROCULUS *aiunt*, SOLO ETIAM *animo poſſe nos*, &c. (Car c'eſt apparemment par mégarde, qu'après les mots ſuivans, *adquirere poſſeſſionem*, il ajoûte *tradiderunt*, qui eſt ſuperflu, y ayant déja *aiunt* au commencement de la période.) Il me ſemble même qu'il ſuffit d'ôter la négation *non*. La particule *&* a le même ſens qu'*etiam*, que ce grand Juriſconſulte y ſubſtituë. Et le verbe *aiunt* peut aiſément ſe ſouſentendre: d'autant plus que

au ſujet d'un Sanglier que l'on a dégagé des Toiles qui avoient été tendues par une autre perſonne. Car ſi le Sanglier ne pouvoit plus s'en dépêtrer de lui-même, & ſi le Chaſſeur à qui ſont les Toiles les a tendues ſur ſes terres, ou dans un lieu public, où il lui eſt permis de chaſſer; comme en ce cas-là, le Sanglier lui appartient déja véritablement, celui qui l'a fait ſauver doit l'en dédommager, quelque nom que l'on donne à l'action civile que céla met en droit d'intenter. Mais ſi les Toiles étoient tendues dans une Terre d'autrui, comme le Proprietaire pouvoit empêcher le Chaſſeur d'y entrer, il ne lui fait aucun tort en rompant les Toiles miſes malgré lui ſur ſon fonds.

Si une Bête appartient à un Chaſſeur par cela ſeul qu'il l'a bleſſee?

§. X. On demande ici encore, ſi pour avoir bleſſé une Bête elle nous appartient dès-lors? (1) Le Juriſconſulte TREBATIUS ſoûtient qu'ouï; bien entendu que l'on pourſuive toûjours la Bête: car ſi le Chaſſeur ceſſe de courir après, elle n'eſt plus à lui, elle redevient commune. D'autres prétendent au contraire, qu'elle n'appartient au Chaſſeur que quand il l'a priſe, y ayant bien des cas qui peuvent empêcher qu'il ne la réduiſe ſous ſa puiſſance. Sur quoi l'Empereur FREDERIC BARBEROUSSE faiſoit cette diſtinction (a): *Si un Chaſſeur*, diſoit-il, *a pourſuivi une Bête avec des Dogues ou de gros Chiens de chaſſe, & s'il l'a bleſſée, ou tuée, avec une Lance, ou à coups d'Epée; elle lui appartient deſormais uniquement. S'il l'a tuée avec un Dard, une Arbalête, ou un Arc, elle eſt à lui tant qu'il la pourſuit. Mais s'il ne l'a découverte & pourſuivie qu'avec des Chiens pour le liévre, tout autre peut la prendre auſſi-bien que lui.* Par une Loi des *Lombards* (b), ſi quelqu'un a trouvé ou tué une Bête qui avoit été bleſſée par un autre, il lui en revient une Epaule avec ſept Côtes: le reſte demeure au premier, pourvu qu'il n'y ait pas plus de vingt-quatre heures depuis la bleſſure faite. Pour moi, il me ſemble qu'on peut établir ici pour regle generale, que ſi l'on a bleſſé mortellement ou conſidérablement haraſſé une Bête, perſonne n'a rien à y prétendre tant qu'on eſt après à la pourſuivre, pourvu que ce ſoit dans un lieu où l'on a droit de chaſſer: mais ſi la playe n'eſt pas mortelle, & que la Bête n'en fuye guéres moins bien, cette Bête demeure au premier occupant (2). Lors donc que *Meléagre* voulut partager avec *Atalante* les dépouilles (c) du fameux Sanglier de *Calydonie*, & la gloire de l'avoir tué, ce fut plûtôt par un effet de ſon amour pour cette Princeſſe, qu'en vertu d'aucun droit qu'elle eût pour avoir bleſſé la premiere le Sanglier. Mais ſi les Chiens d'un Chaſſeur ont tué une Bête, ſans qu'il les ait lâchez & hâlez lui-même après elle, il ne ſe l'approprie que quand il l'a priſe actuellement (d).

(a) *Radevic.* Lib. I. Cap XXVI. *De geſtis Frideric.* apud *Dion.Gotho-fred.* in Leg. *Dig.* V. §. 1. *de adquir. rerum domin.*

(b) Lib. I. Tit. XXII. Leg. IV. & VI.

(c) *Ovid.* Metam. Lib. VIII. verſ. 427.

(d) Voyez *Alberic. Gentil. Advoc. Hiſpan.* Lib. I. Cap. IV.

Si les Poiſſons d'un *Lac*, & les Bêtes d'une *Forêt* qui nous appartient, ſont à nous en propre?

§. XI. Un ancien Juriſconſulte Romain (1) prétend, que *les Poiſſons d'un Vi-*

dans l'Original de PAUL, il pouvoit ſe trouver exprimé auparavant; enſorte que les Compilateurs retranchant les paroles précédentes, n'auront pas pris garde au défaut du terme qu'ils devoient ajoûter à celles qu'ils détachoient de la ſuite du diſcours.

§. X. (1) *Illud quæſitum eſt, an fera beſtia quæ ita vulnerata ſit ut capi poſſit, ſtatim noſtra eſſe intelligatur?* TREBATIO *placuit, ſtatim noſtram eſſe & eo uſque noſtram videri, donec eam perſequamur. Quod ſi deſierimus eam perſequi, deſinere noſtram eſſe, & rurſus fieri occupantis. Itaque ſi per hoc tempus, quo eam perſequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipſe lucrifaceret, furtum videri nobis eum commiſiſſe. Plerique non aliter putaverunt eam noſtram eſſe, quàm ſi eam ceperimus: quia multa accidere poſſunt, ut eam non capiamus: quod verius eſt.* Ibid. Leg. V. §. 1.

(2) Cette diſtinction n'eſt point néceſſaire. L'Auteur raiſonne toûjours ſur une fauſſe idée de la nature de la priſe de poſſeſſion. La verité eſt, que juſqu'à ce qu'on ne pourſuive plus la Bête, & qu'on l'abandonne ainſi au premier occupant, elle eſt à nous autant qu'elle peut l'être; enſorte que perſonne ne ſçauroit légitimement y rien prétendre.

§. XI. (1) *Item* [NERVA *filius ait*] *feras beſtias quas vivariis incluſerimus, & piſces quos in piſcinas conjecerimus, à nobis poſſideri. Sed eos piſces qui in ſtagno ſint, aut feras quæ in ſylvis circumſeptis vagantur à nobis non poſſideri: quoniam relictæ ſint in libertate naturali. Alioquin etiamſi quis ſylvam emerit, videri eum omnes feras poſſidere: quod falſum eſt.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. II. *De adquirenda vel amittenda poſſeſſione*, Leg. III. §. 14. Mais il y a dans ces paroles un mot d'omis, qui fait

*vier appartient en propre au maître du Vivier, mais non pas ceux d'un Lac ou d'un Etang ; & les Bêtes ſauvages renfermées dans un Parc, mais non pas celles d'une Forêt qui a quelque clôture de tous côtez.* GROTIUS (a) n'approuve pas cette déciſion, parce, dit-il, que les Poiſſons d'un Lac ou d'un Etang ne ſont pas moins enfermez que ceux d'un Reſervoir ; ni les Bêtes ſauvages d'une Forêt bien encloſe, moins gardées que celles d'un Parc. Toute la différence qu'il y a, c'eſt que la derniere priſon eſt plus étroite que l'autre. Je trouve pourtant que le Juriſconſulte Romain a raiſon ; car on ne commence à devenir Proprietaire des Bêtes ſauvages & des Poiſſons, que quand (2) on les prend. Or les Bêtes ſauvages d'un Parc & des Poiſſons d'un Vivier, ont été déja pris ; mais il n'en eſt pas de même des Poiſſons d'un Lac ou d'un Etang, ni des Animaux ſauvages d'une Forêt, qui n'ont point encore perdu leur liberté naturelle, quoiqu'ils ne puiſſent aller au-delà de certaines bornes. Car autre choſe eſt de prendre une Bête, & autre choſe de mettre des hayes pour l'empêcher de courir trop loin, & pour la prendre ainſi plus facilement. Cependant comme le maître de l'Etang ou de la Forêt a ſeul le droit de prendre les Animaux qui s'y trouvent enfermez, il peut non ſeulement empêcher les autres d'y venir pêcher ou chaſſer ; mais encore leur ôter les Poiſſons & les Bêtes qu'ils y ont pris malgré lui ; deſorte qu'à cet égard il eſt cenſé en être actuellement en poſſeſſion, & que ſi les Animaux ainſi renfermez conſervent leur liberté naturelle, c'eſt entant que perſonne ne les a encore pris, & non pas que chacun puiſſe les prendre.

(a) Liv. II. Chap. VIII. §. 2.

§. XII. ON acquiert encore par droit de Premier Occupant, les *choſes dont la Proprieté vient à s'éteindre*. Ce qui arrive ou quand on *jette* une choſe (1), en donnant

Les *choſes abandonnées* redeviennent au premier Occupant.

dire à l'ancien Juriſconſulte toute autre choſe qu'il n'a penſé : car il faut lire certainement, *feras quæ in Sylvis* NON *circumſeptis vagantur*. Ainſi NERVA oppoſe les Bêtes ſauvages d'un Parc, quel qu'il ſoit, grand ou petit, à celles d'une Forêt non encloſe ; de même qu'il oppoſe les Poiſſons d'un Vivier, à ceux d'un Lac ou d'un Etang qui eſt ouvert à chacun de tous côtez : & il prétend que par cela ſeul qu'on a environné ces lieux-là de quelques bornes, on eſt cenſé s'être mis actuellement en poſſeſſion des Animaux qui y ſont renfermez. FRANÇOIS HOTMAN eſt le premier Auteur de cette correction, & Mr. NOODT la confirme ſolidement, à ſon ordinaire, dans ſes *Obſervations*, *Lib.* I. *Cap.* XI. Voyez auſſi ce qu'il dit dans le Chap. précédent, page 54, 55. Au reſte, nôtre Auteur rapportoit ici les Déciſions des Docteurs Juifs ſur quelques cas qui ont du rapport à cette matiere. Il les tire de SELDEN. *D. J. N. & Gent. ſec. Hebr.* Lib. VI. Cap. IV. qui les allégue lui-même ſur la foi du Rabbin MAIMONIDES. C'étoit donc un larcin, ſelon ces Docteurs, que de prendre des Poiſſons, des Oiſeaux, ou des Bêtes ſauvages, dans un Vivier ou dans un Parc d'autrui, à moins que le Proprietaire ne permit lui-même d'y pêcher ou d'y chaſſer. Mais on pouvoit prendre du Poiſſon dans les Filets d'autrui, pendant qu'ils étoient encore dans la Mer ; comme auſſi une Bête ſauvage que l'on trouvoit engagée dans les Toiles d'autrui, pourvû qu'elles fuſſent tendues dans un lieu public. Si l'on avoit tendu ſes Filets ſur une Terre d'autrui, & qu'on y eût pris actuellement quelque Bête ſauvage ou quelque Oiſeau ; quoique cela ne fût pas permis, on ne laiſſoit pas d'être légitime maître de l'Animal qui étoit tombé dans le piége ; à moins que le Proprietaire du fonds ne ſurvînt auparavant, & ne s'en emparât en vertu de ſon droit de Proprieté ſur cette terre. Si quelques Poiſſons ſautoient dans un Vaiſſeau, ils appartenoient dès-lors au maître du Vaiſſeau ; parce, diſoit-on, qu'un Vaiſſeau paſſe pour un lieu propre à garder quelque choſe aſſez ſurement, & qu'il n'eſt pas mobiliaire de ſa nature, mais ſeulement à cauſe de l'Eau qui l'environne.

(2) Nous avons aſſez réfuté cela dans les Notes précédentes ; & par conſéquent la cenſure de GROTIUS ſeroit bien fondée, ſi les paroles de *Nerva*, rapportées dans la Loi dont il s'agit, n'étoient pas corrompuës, comme je viens de le remarquer dans la Note précédente.

§. XII. (1) C'eſt la déciſion des Juriſconſultes Romains, au moins de ceux dont l'opinion prévalut : *Qua ratione verius eſſe videtur, ſi rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, ſtatim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id* [ *in numero* ] *rerum ſuarum eſſe nolit : ideoque ſtatim dominus ejus eſſe deſinit.* INSTIT. Lib. II. Tit. I. *De rerum divis.* &c. §. 47. Voyez CUJAS, ſur le Titre du DIGESTE, *Pro Derelicto*, Tome I. Opp. *Edit. Fabrott.* col. 1173. & *Rec. in Paul.* Tome V. col. 791, 792. Ces ſortes de choſes abandonnées ayant appartenu en propre à quelque Particulier, ne peuvent pas être cenſées entrer dès-lors dans le Domaine de l'Etat ; mais il eſt naturel de les regarder comme n'appartenant à perſonne, & par conſéquent comme étant au premier occupant, à moins que les Loix ne défendent aux Particuliers de ſe les approprier. TITIUS, *Obſerv.* CCXCVI. Au reſte, les Immeubles redeviennent auſſi au premier occupant lorſqu'on les abandonne. Mr. HERTIUS remarque ici, qu'on ſe ſert du même mot d'*abjicere*, pour exprimer la renonciation du Proprie-

ſuffiſamment à connoître qu'on ne veut plus la regarder comme ſienne, & qu'on la laiſſe au premier occupant, ſans aucune intention d'obliger par-là (2) qui que ce ſoit; ou lorſqu'après l'avoir perdue malgré ſoi, on *l'abandonne* enſuite, ſoit qu'on deſeſpere de la recouvrer (3), ou qu'on ne s'en ſoucie guéres. Hors ces cas-là, quoiqu'on ne ſoit plus en poſſeſſion d'une choſe, (4) on n'en perd point pour cela la Proprieté malgré ſoi, à moins que ce ne ſoit en forme de punition, ou par une ſuite de la Guerre : mais on conſerve toûjours le droit de recouvrer ſon bien, tant qu'on n'y a pas renoncé ou expreſſément ou tacitement. Ainſi perſonne ne peut acquérir ces ſortes de choſes par droit de premier occupant, puiſque le droit du premier Proprietaire ſubſiſte toûjours (a). Or, afin qu'une choſe paſſe pour abandonnée, il faut non ſeulement que le Proprietaire ne veuille plus en être maître, mais encore qu'il s'en déſaſſe actuellement, ou en la jettant, ou en l'abandonnant : deſorte que ſi l'une ou l'autre de ces conditions manque, on n'eſt point cenſé ſe dépouiller de ſon bien. Ainſi ſuppoſé que l'on jette une choſe, ſans avoir aucun deſſein de ne plus la tenir pour ſienne, on n'en eſt pas pour cela moins Proprietaire. Si au contraire on a deſſein de ne plus la reputer ſienne, elle ne laiſſe pas d'être toûjours nôtre tant qu'on ne l'a pas encore (b) jettée.

Selon les idées des Juriſconſultes (5) Romains, les *Bêtes ſauvages*, dès qu'elles ſe ſont ſauvées & qu'elles ont recouvré leur liberté naturelle, n'appartiennent plus à celui qui les avoit priſes & gardées; mais elles redeviennent au premier occupant. Surquoi (c) GROTIUS dit, que la Proprieté ne ſe perdant pas ſimplement parcequ'on eſt privé de la Poſſeſſion, une Bête ſauvage ne ceſſe pas de nous appartenir, ſeulement pour être échappée de nos mains: il faut encore qu'il y ait lieu de conjecturer vraiſemblablement qu'on l'abandonne; ce qui arrive lorſqu'il ſeroit très-difficile de la pourſuivre & de la ratrapper, ſurtout s'il n'y a pas moyen de la diſtinguer des autres. J'approuve cette penſée; mais je vois que les Juriſconſultes Romains ſemblent y être entrez eux-mêmes; car ſelon eux, *une Bête eſt cenſée recouvrer ſa liberté naturelle lorſqu'elle s'eſt dérobée à nos yeux, ou qu'encore qu'on la voye, il eſt difficile de la pourſuivre*. Sur ce principe ils décident ailleurs, (6) *que les Pourceaux*,

(a) Voyez I. *Samuel* IX. 3. *Digeſt*. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Leg. XIII. *princ.* & Lib. XIV. Tit. II. *De Lege Rhod. de jactu*, Leg. II. §. 8. & Leg. VIII.

(b) Voyez *Dig.* Lib. XLI. Tit. II. Leg. XVII. §. 1. & *Boëcl.* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. IV. §. 4. où il examine le cas propoſé par *Ciceron*, *de Invent.* Lib. II. Cap. LI.

(c) Liv. II. Chap. VIII. §. 3.

taire à ces ſortes de choſes, & il ſe fonde ſur l'endroit du Teſtament expliqué par *Eſope*, où ce ſage Eſclave dit que la Coquette ſe défera des Terres qui lui ſeront échuës en partage : *Agros abjiciet mœcha*. PHÆDR. *Lib.* IV. *Fab.* IV. verſ. 42. Mais comme l'ont dit les Interprêtes, *abjicere* ſignifie là *vendre à bon marché*, & non pas laiſſer au premier qui voudra prendre.

(2) Quand on jette au menu Peuple de l'argent, ou autres choſes qui ſont au premier qui les attrappe; on ne ſçait pas à la verité entre les mains de qui telle ou telle choſe tombera; mais on ſçait que ce ſera quelqu'un de ceux à qui on les jette : & alors c'eſt une eſpéce de Donation qu'on fait en général à une Multitude, ſur le pié dont il s'agit. Voyez les INSTITUTES, Lib. II. Tit. I. *De rerum divis.* §. 46. Mais à proprement parler, ce que l'on jette & que l'on abandonne par-là, on le fait ſans avoir en vûë ni aucune perſonne en particulier, ni pluſieurs perſonnes en gros : car cela peut arriver dans un lieu déſert, ou ſans qu'on connoiſſe en aucune maniere ceux qui s'empareront de la choſe abandonnée.

(3) Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, Chap. XII. §. 8. au ſujet du fondement de la *Preſcription*.

(4) Voyez ci-deſſus, §. 1. de ce Chap. *Note* 1. où j'ai examiné l'opinion de ceux qui ſoûtiennent le contraire.

(5) *Quidquid autem eorum ceperis, eouſque tuum eſſe intelligitur, donec tua cuſtodia coërcetur. Cùm vero tuam evaſerit cuſtodiam, & in libertatem naturalem ſeſe receperit, tuum eſſe deſinit, & rurſus occupantis ſit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cùm vel oculos tuos effugerit, vel ita ſit in conſpectu tuo, ut ſi difficilis ſit ejus perſecutio.* INSTIT. Lib. II. Tit. I. *De rerum divis. & adquir. ipſarum dominio*, §. 12. Voyez auſſi DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. Leg. III. V.

(6) *Et ſanè melius eſt dicere, & quod à lupo eripitur, noſtrum manere, quamdiu recipi poſſit id quod ereptum eſt.* DIGEST. *ibid.* Leg. XLIV. Mais on ne peut pas inferer de cette Loi, que les Anciens Juriſconſultes fuſſent dans la penſée que nôtre Auteur leur attribuë au ſujet des Animaux Sauvages qui ſe ſont échappez. Voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, *Liv.* II. Chap. IV. §. 5. *Note* 2. Le principe ſur lequel le Droit Romain ſe fonde ici, eſt uniquement, que les Animaux Sauvages ont recouvré leur liberté naturelle, & par-là ſont redevenus au premier occupant. Cela ſe déduit certainement de ce qu'à l'égard même des Animaux apprivoiſez, on veut que le Proprietaire perde ſon droit,

*qui ont été pris par le Loup, ſont au maître du Troupeau, tant qu'on peut les recouvrer.* Un (d) Commentateur de Grotius dit, que les Bêtes ſauvages devenant nôtres par la perte de leur liberté, elles ceſſent de nous appartenir du moment qu'elles la recouvrent; & que par conſéquent la Proprieté que l'on a ſur elles eſt cenſée conſiſter dans la Poſſeſſion actuelle. Mais une Bête ne paſſe pas pour avoir recouvré ſa liberté naturelle, tant qu'on la pourſuit avec quelque eſpérance vraiſemblable de la ratrapper : de même qu'un Priſonnier, qui a forcé ſa priſon, n'eſt pas entierement échappé, tant que les Archers ſont en quête après lui, & qu'il eſt en lieu où l'on puiſſe le trouver & le ſaiſir au collet. Pour ce que dit Grotius des marques ou enſeignes que l'on met (7) aux Bêtes, & qui empêchent, ſelon lui, qu'une Bête qui s'eſt ſauvée ne ſoit au premier occupant; cela n'a lieu, à mon avis, qu'à l'égard de celles qui ont été apprivoiſées par l'induſtrie humaine, & qui ayant par ce moyen dépouillé leur férocité naturelle, paſſent avec raiſon pour des Animaux domeſtiques. Si donc le Cerf de (e) *Tyrrhus*, dont parle un ancien Poëte, avoit de pareilles marques, *Aſcanius* fit mal de le bleſſer, & donna aux Païſans d'*Italie* un aſſez juſte ſujet de ſe ſoulever contre lui. Pline parle d'une ſorte de Poiſſon (f) qui pouvoit être dreſſé à venir manger ſur la main, & à faire donner enſuite les autres dans les filets. Un de ces Poiſſons, ainſi apprivoiſé, ayant été pris malicieuſement par un Pêcheur qui le connoiſſoit fort bien, le Juge condamna ce Pêcheur à une amende, avec les dommages & intérêts. Mais quoique des Poiſſons diſtinguez par quelque marque appartiennent à celui qui la leur a miſe, tant qu'ils ſont dans un Reſervoir; du moment qu'ils ont recouvré leur liberté naturelle, ils redeviennent, à mon avis, au premier occupant; car il faut une garde bien étroite & en quelque maniere une continuelle priſe de poſſeſſion, pour conſerver quelque droit de Proprieté ſur un Animal comme celui-là, qui naturellement aime à courir de tous côtez ſans ſe fixer jamais en un ſeul endroit, (8) & qui réſiſte perpetuellement à la poſſeſſion; ce à quoi aucune marque ne ſauroit remedier (g). C'eſt ce que Juvenal donne à entendre, lorſque voulant repréſenter le caractere des Délateurs, toûjours prêts à intenter de fauſſes accuſations, il leur fait dire : (9)

(d) *Ziegler. in loc. ubi ſuprà.*

(e) *Virg. Æneïd.* VII. 483. *& ſeqq.* Voyez la *Loi Salique*, Tit. XXXV.

(f) Il s'appelloit *Anthias*. Voyez *Hiſt. Nat.* Lib. IX. Cap. LIX.

(g) Voyez Ziegler ſur Grotius, *ubi ſuprà.*

du moment qu'ils perdent l'habitude de revenir : *In iis autem animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, talis regula comprobata eſt, ut eo uſque tua eſſe intelligantur, donec animum revertendi habeant*, &c. Instit. ubi ſupr. §. 15. Or eſt-ce là un ſigne certain que le Proprietaire abandonne, par exemple un Pigeon qu'il reconnoît dans le Colombier de ſon Voiſin? Si les Juriſconſultes Romains avoient ſuppoſé ici un véritable abandonnement de la part de l'ancien Proprietaire, ils ne l'auroient pas fondé ſur la ſimple *difficulté* de recouvrer la Bête qui s'eſt évadée; & ils auroient d'ailleurs admis le Proprietaire à prouver qu'il n'avoit pas pretendu renoncer à ſon droit; ce qu'ils ne font nulle part. Ils n'exceptent point le cas où la Bête Sauvage pouvoit être reconnuë & reclamée à la faveur d'une marque qu'on lui avoit miſe pour cet effet. C'eſt que, comme le dit François Baudouin, tout cela n'empêche pas que l'Animal n'ait recouvré ſa liberté naturelle, qui eſt la ſeule choſe à quoi les Juriſconſultes Romains faiſoient attention. D'où il s'enſuivra que les *Singes* même, les *Perroquets*, & autres ſemblables Animaux rares qu'on achete quelquefois aſſez cher, ſeront au premier occupant dès qu'on les aura perdus de vûë, ou qu'il ſera difficile de les reprendre. Heureuſement l'Uſage Moderne ne ſuit pas toûjours les Déciſions qu'on nous donne comme émanées des principes les plus purs de l'Equité Naturelle.

(7) Comme des Colliers. Voyez Scheffer, *de Antiquorum torquibus*, §. 13. & dernier.

(8) Cette raiſon n'eſt point ſolide, & l'Auteur ſuit toûjours ſes fauſſes idées ſur la nature de la priſe de poſſeſſion. Mais il faut dire, que la difficulté, ou plûtôt l'impoſſibilité qu'il y a ordinairement de reconnoître ces ſortes d'Animaux, lorſqu'ils ſont ſortis des lieux où on les tenoit enfermez, ſuffit pour faire préſumer raiſonnablement que le Proprietaire les abandonne. Du reſte, s'ils ont quelque marque qui les diſtingue clairement, le Proprietaire n'eſt pas moins en droit de les reclamer que toute autre choſe qu'il a perduë malgré lui, & dont il n'a pas témoigné enſuite qu'il ne ſe ſoucioit plus.

(9) *Non dubitaturi fugitivum dicere piſcem,*
*Depaſtumque diu vivaria Cæſaris : inde*
*Elapſum veterem ad dominum debere reverti.*
*Si quid* Palphurio, *ſi credimus* Armillato,
*Quidquid conſpicuum, pulcrumque eſt æquore toto,*
*Res fiſci eſt, ubicumque natat* ——— ———
Satyr. IV, 50, *& ſeqq.*

J'ai ſuivi la Verſion du P. Tarteron.

*Ce Poiſſon s'eſt échappé des Viviers de* Céſar; *il y a fort long-tems qu'on l'y nourrit; & il doit retourner à ſon ancien maître; cela eſt clair, ſi l'on en croit les Juriſconſultes* Palphurius *&* Armillatus; *tout ce qu'il y a de rare & de beau dans la Mer, en quelque endroit qu'il ſe trouve, appartient au Fiſc.*

A l'égard des *Eſclaves fugitifs*, les (10) Loix Romaines vouloient que leurs Maîtres fuſſent cenſez en conſerver la (11) *Poſſeſſion Civile;* afin qu'un Maître ne fût pas expoſé à être dépouillé de ſon bien, du moment qu'il prendroit envie à ſon Eſclave de ſe ſauver.

Mais pour toutes les autres choſes, ſi l'on vient à en perdre malgré ſoi la poſſeſſion, comme, par exemple, lorſque ſans y prendre garde on laiſſe tomber quelques Hardes dans un chemin; elles ne ceſſent pas pour cela de nous appartenir, (12) & celui qui les trouve n'en devient pas maître légitime, à moins qu'on ne les ait manifeſtement abandonnées; ce que l'on donne lieu de préſumer pour l'ordinaire, en ne ſe mettant pas en peine de les chercher. Quand donc quelqu'un trouve une choſe de cette nature, qui ne paroît pas abandonnée par celui à qui elle appartient, il doit le déclarer, afin que le Proprietaire puiſſe la recouvrer, s'il veut (13). Que ſi perſonne ne la reclame, alors celui qui l'a trouvé peut légitimement la retenir, comme lui étant acquiſe par droit de premier occupant.

A qui appartient un *Tréſor* trouvé?

§. XIII. On met encore au rang des choſes ſans maître, mais qui ont appartenu auparavant à quelqu'un, ce que l'on appelle un *Tréſor* (1); c'eſt-à-dire, un argent

(10) *Namque fugitivus idcirco à nobis poſſideri videtur, ne ipſe nos privet poſſeſſione.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſione*, Leg. XIII. *princip.* Voyez auſſi *Leg.* I. §. 14. Mais pourquoi eſt-ce qu'une Bête pourra plûtôt priver ſon Maître du droit qu'il avoit ſur elle, lorſqu'il lui prendra envie de ſe ſauver? Je ne vois aucune raiſon ſolide de la différence.

(11) Voyez ci-deſſous, Chap. IX. §. 7.

(12) Les Juriſconſultes Romains diſent très-bien, qu'il n'importe que l'on ſçache ou que l'on ne ſçache pas à qui appartient ce que l'on trouve, & que ſi l'on prend une telle choſe pour s'en accommoder, ſans deſſein de la rendre à ſon maître, ou ſans tâcher de le découvrir, on commet un véritable larcin. *Qui alienum quid jacens, lucri faciendi causâ ſuſtulit, furti obſtringitur, ſive ſcit cujus ſit, ſive ignoravit; nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus ſit ignoret.* DIGEST. *Lib.* XLVII. Tit. II. *De furtis*, Leg. XLIII. §. 4. Dans le *Rudens*, ou l'*Heureux Naufrage* de PLAUTE, un Valet voulant perſuader à ſon Maître de garder une Valize qu'il venoit de pêcher dans la Mer, le Maître qui eſt un homme de bien, lui dit:

*Egone ut quod ad me adlatum eſſe alienum ſciam,*
*Celem? minime iſtuc faciet noſter Dæmones.*

Act. IV. Sc. VII, 18, 19.

C'eſt-à-dire, ſelon la verſion de Madame DACIER: „Quoi? je ſçaurois à qui appartient une choſe que „l'on m'aura apportée, & je pourrois la retenir? „C'eſt ce que *Démones* ne fera jamais, aſſurément". Les Juriſconſultes Romains ſoûtiennent auſſi avec raiſon, que les Marchandiſes qu'on jette dans la Mer, pour diminuer la charge du Vaiſſeau pendant une tempête où l'on court riſque de périr, ne laiſſent pas pour cela d'appartenir à ceux qui les ont jettées; enſorte que ſi quelqu'un les pêche ou les trouve ſur le Rivage, il ne peut les retenir ſans ſe rendre coupable de larcin. *Alia ſane cauſa eſt earum rerum, quæ in tempeſtate levandæ navis causâ ejiciuntur. Hæ enim dominorum permanent, quia palam eſt eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere nolit, ſed quò magis cum ipſa navi maris periculum effugiat. Qua de cauſa, ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam in ipſo mari nactus, lucrandi animo abſtulerit, furtum committit.* INSTITUT. Lib. II. Tit. I. §. 48. Voyez encore LEVITIQUE, VI, 3. avec les Notes de Mr. LE CLERC, & ce que l'on dira ci-deſſous, Chap. XIII. §. 4. à la fin.

(13) Voici quelques Autoritez que nôtre Auteur alléguoit ici. C'étoit une Loi des *Stagirites*: Ὃ μὴ κατέθȣ, μὴ λάμβανε. *Tu n'ôteras point ce que tu n'as point poſé.* ÆLIAN. *Var. Hiſt.* Lib. III. Cap. XLVI. Voyez ce que le même Auteur dit des habitans de *Byblos*, ville de *Phénicie*, Lib. IV. Cap. I. page 302. *Edit. Perizon*, & PLATON, Lib. XI. *de Legibus*, au commencement. On trouve une ſemblable Loi de *Solon*, dans DIOGENE LAERCE, §. 57. ſur quoi voyez les Interprêtes. Le Philoſophe *Confucius* enſeignoit la même choſe dans la *Chine*. MARTINIUS, *Hiſt. Sin.* Lib. IV. Cap. XXI. Voyez l'*Edit* du Roi THEODORIC, Cap. 58. Notre Auteur rapportoit encore ici les opinions des anciens Docteurs Juifs, où il y a bien des choſes qui n'ont d'autre fondement que l'avarice inſatiable de cette Nation, & ſa haine implacable pour les autres Peuples. On les trouvera dans SELDEN, *D. J. N. & G. ſec. Hebr.* Lib. VI. Cap. IV.

§. XIII. (1) *Theſaurus eſt vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus non exſtat memoria, ut jam dominum non habeat: ſic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius ſit. Alioquin ſi quis aliquid vel lucri causâ, vel metus, vel cuſtodiæ, condiderit ſub terra, non eſt theſaurus: cujus etiam furtum fit.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rerum dominio*, Leg. XXXI. Voyez auſſi Lib. VI. Tit. I. *De Rei vindicatione*, Leg. LXVII, & Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Leg. III. §. 3.

dont on ignore le maître. Je dis, *dont on ignore le maître :* car ſi quelqu'un cache en terre ſon argent, crainte d'être dépouillé, ou ſimplement faute d'endroit plus commode pour le ſerrer, ce n'eſt pas un *Tréſor ;* & quiconque le prend, ſe rend coupable de larcin, comme ce Valet dont il eſt parlé dans une (a) Comédie de PLAUTE. Or, à en juger par le Droit Naturel tout ſeul, & indépendamment des Réglemens des Loix Civiles, un Tréſor eſt à celui qui le trouve, (2) c'eſt-à-dire, à celui qui l'emporte & s'en ſaiſit. Car tant qu'on ne connoît pas le maître d'une choſe, elle eſt cenſée, moralement parlant, n'être à perſonne; & ainſi elle demeure au premier occupant. Mais on demande, ſi une perſonne qui vit dans un Pays où les Loix Civiles laiſſent ces ſortes de choſes à celui qui les trouve, eſt obligée en conſcience de publier qu'elle a trouvé un Tréſor, lors même qu'il y a apparence que ce Tréſor étoit caché en terre depuis long-tems? Car je ne doute point qu'il ne faille le faire, quand on voit qu'il a été mis là depuis peu. Surquoi le plus ſûr eſt, à mon à vis, de dire, que ſi l'on a trouvé le Tréſor dans une Terre qui nous appartient, on n'eſt point tenu de le déclarer; mais on peut le garder juſqu'à ce que quelqu'un s'en informe, & qu'il faſſe voir par de bonnes raiſons, pourquoi il a caché & laiſſé là ſi long-tems cet argent ſans en rien témoigner. En effet, il n'y a nulle apparence que celui à qui étoit auparavant le Champ ou la Maiſon, y ait, en l'alienant, laiſſé de propos déliberé un Tréſor; & ſi quelque autre l'y avoit caché à l'inſçu du Proprietaire, il eſt à préſumer qu'il n'auroit pas manqué de le reclamer ou de le reprendre, lorſqu'il y avoit lieu de craindre qu'il ne tombât entre les mains du nouveau maître. Mais quand on trouve un Tréſor dans une Terre d'autrui, on ne ſauroit ſe diſpenſer en conſcience de s'informer, du moins indirectement, du maître de cette Terre, s'il ne l'auroit pas mis là lui-même. Car, ſans cela, il n'y a pas moyen de ſçavoir ſi ce n'eſt pas lui ou quelque autre, avec ſon approbation, qui l'avoit caché là pour le mettre en lieu de ſureté. Au reſte, il y a ſur ce ſujet divers Réglemens des Loix Civiles, ſelon les différens Pays, (3) comme auſſi diverſes opinions parmi les Auteurs.

(a) *Aulularia.*

(2) Selon le Droit Naturel tout ſeul, un *Tréſor*, de même que toutes les autres choſes qui n'ont point de Maître, appartient au Corps de l'Etat ou à ceux qui le repréſentent; en un mot, au Souverain. Mais d'autre côté le Souverain eſt cenſé laiſſer ces ſortes de choſes au premier occupant, tant qu'il ne ſe les reſerve pas bien clairement à lui-même. Et lorſqu'il permet aux Particuliers ou expreſſément, ou tacitement, de ſe les approprier, celui qui trouve un Tréſor & qui s'en ſaiſit, en devient par-là maître, quand même il l'auroit trouvé dans un Fonds appartenant à autrui, ſi les Loix Civiles n'en diſpoſent autrement; parceque le Tréſor n'eſt pas un acceſſoire du Fonds, comme les *Métaux*, les *Minéraux*, & autres choſes ſemblables qui y ſont attachées naturellement, & dont à cauſe de cela le Proprietaire du Fonds peut être regardé comme en poſſeſſion. Les Loix Romaines, qui donnent la moitié du Tréſor au Maître du Fonds, & l'autre moitié à celui qui y trouve un Tréſor, étendent cela à un Ouvrier qui eſt payé par le Maître du Champ ou de la Maiſon, pour y travailler; car, dit-on, il n'agit au nom de celui qui l'a loué, qu'en ce qui regarde l'ouvrage qu'il a à faire. *Nemo enim ſervorum opera theſaurum quærit : nec ea propter tunc terram fodiebat, ſed alii rei operam inſumebat, & fortuna aliud dedit.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rer. domin.* Leg. LXIII. §. 3. Voyez les *Obſervations* de Mr. BYNKERSHOEK, Lib. II. Cap. IV. où il réfute ceux qui tiennent le contraire.

(3 PLATON, comme le remarquoit ici notre Auteur, veut dans l'endroit qui a été déja cité, qu'un Tréſor, & en général toutes les choſes perdues, ne demeurent pas à celui qui les trouve, quoiqu'on ne ſçache point à qui elles appartiennent; mais il prétend qu'il faut conſulter là-deſſus l'Oracle de *Delphes*, pour diſpoſer de ces choſes comme il en ordonnera. C'eſt pouſſer le ſcrupule auſſi loin que faiſoit un Philoſophe Chinois, nommé *Chiungai*, qui s'imaginant qu'il n'étoit pas permis de rien toucher que l'on ſoupçonnât le moins du monde être le fruit de quelque injuſtice, ne vouloit pas loger dans la Maiſon de ſon Pere, crainte qu'elle n'eût été bâtie par de méchantes gens; ni manger chez ſes Parens ou ſes Freres, de-peur que ce qu'ils lui donneroient ne fût pas mal acquis. MARTINIUS, *Hiſtor. Sin.* Lib. V. On a lieu de croire que parmi les *Juifs*, les *Romains*, du tems de *Plaute*, & les *Syriens*, le Tréſor appartenoit au maître du Champ où il avoit été trouvé. MATTH. XIII, 44. [ Mais voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. III. §. 3. *Note* 1. ] PLAUT. *Trinumm.* Act. I. Scene II. verſ. 141. & Act. V. Scene II. verſ. 22. Dans la ſuite, les Loix Romaines ont fort varié ſur cette matiere. Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. VIII. §. 7. SPARTIANUS, *in Hadriano*, Cap. XVIII. & *in Severo*, Cap. XLVI. INSTITUT. Lib. II. Tit. I. §. 39.

De la *priſe de poſſeſſion par droit de Guerre.*

§. XIV. L'ES Juriſconſultes Romains mettent encore au nombre des choſes que l'on acquiert par droit de (1) Premier Occupant, *celles que l'on prend ſur un Ennemi.* Pour bien entendre cela, il faut ſçavoir, que l'état de Guerre ſuſpend l'effet de la proprieté, auſſi-bien que de tous les autres droits de la Paix, par rapport à l'Ennemi; enſorte qu'on n'eſt obligé de s'abſtenir de ſes biens, qu'autant que les Loix de l'Humanité le demandent. Ainſi, pendant la Guerre tout ce qui appartient à un Ennemi devient à l'égard de l'autre, comme un bien ſans maître; non que l'un & l'autre ceſſent pour cela d'être légitimes Proprietaires de leurs biens, mais parceque leur droit de Proprieté n'empêche pas qu'ils ne puiſſent ſe les ravir l'un à l'autre, & s'en emparer comme on fait d'une choſe qui n'eſt à perſonne; avec cette différence que l'on peut être & que l'on eſt ordinairement repouſſé avec la même vigueur. Il faut remarquer pourtant, que l'on ne jouït d'une Proprieté entiere & bien aſſurée des choſes priſes à la Guerre, que quand l'Ennemi qui en a été dépouillé, renonce par un Traité de Paix à toutes ſes prétentions. La Guerre a encore ceci de particulier, que l'on peut, en ſe ſaiſiſſant de l'Ennemi même, acquérir le droit (2) de lui commander: car la priſe de poſſeſſion par droit de Premier Occupant ne ſuppoſe par elle-même aucun conſentement dans la choſe dont on s'empare; mais ſeulement que, ſi c'eſt une perſonne, elle n'ait aucun droit en vertu duquel on ne puiſſe s'en rendre le maître. Hors de là la priſe de poſſeſſion par droit de Premier Occupant ne s'étend pas aux (3) Perſonnes, ſoit qu'elles dépendent d'autrui, ou qu'elles vivent encore dans l'indépendance de l'Etat de Nature; excepté un ſeul cas, je veux dire, (4) lorſqu'un (a) Enfant expoſé tombe entre les mains de quelqu'un, qui veut l'élever. En effet, la Liberté, comme tous les autres droits, ne ſauroit, ſans notre propre conſentement, paſſer, pour ainſi dire, ſous la puiſſance d'un autre, (5) ſi les Loix de la Guerre n'autoriſent celui-ci à s'en emparer bon gré malgré qu'on en ait. (6) Ainſi lorſque, faute d'Héritier qui doive ſucceder ou par Teſtament, ou ſelon les Réglemens des Loix, tous les droits qu'un homme avoit & ſur ſes Biens, & ſur certaines perſonnes, s'éteignent avec lui; les Biens ſont à la verité au premier occupant, mais les perſonnes rentrent dans la Liberté Naturelle. Je ne crois pas qu'il y ait d'Homme aſſez lâche pour renoncer lui-même à ſa Liberté, juſqu'à l'abandonner au premier qui voudra la lui ravir; car ſi quelqu'un veut abſolument dépendre d'autrui, il ſe reſervera du moins le droit de ſe choiſir un Maître. GROTIUS (b) ſemble pourtant mettre l'*Empire*

(a) Voyez *Hobbes de Cive*, Cap. IX. §. 4.

(b) *Liv.* II. *Chap.* III. §. 4.

PHILOSTRAT. *in Vit. Sophiſtar.* Lib. II. *in Herode*, §. 2. & ZONAR. Tome II. *in Nerva*; *Conſtitut. Sicula*, Lib. III. Tit. III. APOLLONIUS DE TYANE, dans PHILOSTRATE, Lib. II. Cap. XXXIX. *Edit. Olear.* vouloit que quand il y avoit conteſtation entre le Vendeur & l'Acheteur d'un Champ, au ſujet d'un Tréſor qui s'y trouvoit, on le donnât au plus honnête homme des deux; ce qui ne peut être reçu pour régle générale. Preſque toutes ces citations ſont de l'Auteur. Voyez encore le *Droit Public* de Mr. DAUMAT, Liv. I. Tit. VI. Sect. III. §. 7. & le *Jus Privatum Romano-Germ.* de Mr. TITIUS, Lib. VIII. Cap. XIII. §. 3. *& ſeqq.*

§. XIV. (1) *Item ea quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt .... Bello capta .... ejus fiunt, qui primus eorum poſſeſſionem nactus eſt.* INSTITUT. *Lib.* II. Tit. I. §. 17. & DIGEST. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. poſſ.* Leg. I. §. 1. Voyez ce que nôtre Auteur dira, Liv. VIII. Chap. VI. §. 17.

(2) *Adeo quidem, ut & liberi homines in ſervitutem noſtram deducantur; qui tamen, ſi evaſerint noſtram poteſtatem, & ad ſuos reverſi fuerint, priſtinum ſtatum recipiunt.* INSTITUT. *ubi ſuprà.*

(3) Conſultez ici ce que dit GROTIUS, Liv. II. Chap, IX. §. 1. *num.* 3.

(4) Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, Liv. VI. Chap. II. §. 3.

(5) Mais dans la Guerre même ce droit eſt fondé ſur le conſentement des Ennemis faits priſonniers, comme nôtre Auteur le reconnoit ci-deſſous, *Liv.* VI. *Chap.* III. §. 5. Ainſi juſqu'à ce que le Priſonnier ait conſenti ou expreſſément, ou tacitement, à la perte de ſa liberté, la ſujettion où le tient celui qui l'a pris, n'eſt qu'une choſe de fait & ne ſe ſoûtient que par la force.

(6) J'ai ôté d'ici une période, que l'on trouvera un peu plus haut, où elle m'a paru mieux placée.

(7) Voyez

*pire* ou la Juriſdiction au rang des choſes dont on s'empare par droit de Premier Occupant, lorſqu'il dit, qu'*il y a deux choſes à acquerir en matiere de ce qui n'eſt à perſonne ; ſçavoir la Juriſdiction, & le droit de Proprieté, entant qu'il eſt diſtingué de la Juriſdiction.* Mais cela mérite explication ; car l'*Empire* ou la *Juriſdiction* n'a proprement pour objet que les Perſonnes, & hors la Guerre, ou le cas particulier dont nous avons fait mention, on n'acquiert point de tel pouvoir ſur autrui par droit de Premier Occupant; parceque quiconque ne dépend pas d'autrui eſt lui-même ſon maître, & par conſéquent ne peut être regardé comme n'appartenant à perſonne. Mais ce n'eſt que dans un ſens impropre que le Lieu même ou le Territoire eſt dit relever de l'*Empire* de quelqu'un ; (7) pour donner à entendre, que perſonne ne peut y rien occuper ſans ſon conſentement, enſorte même que ceux qui ne font qu'y paſſer doivent reconnoître ſa Juriſdiction pendant qu'ils y ſont : Car cette Juriſdiction eſt proprement l'effet de (8) la Proprieté du Lieu, & n'emporte aucune autorité ſur les Perſonnes que par une ſuite du droit qu'a un Proprietaire, d'empêcher que perſonne ne ſe ſerve, ſans ſon approbation, de ce qui lui appartient; d'où il réſulte, qu'en entrant dans les terres de quelqu'un on eſt dès-lors ſoûmis à ſes Loix, du moins autant qu'il eſt néceſſaire pour ne donner aucune atteinte à ſon droit de Proprieté, & pour n'en troubler ou diminuer l'uſage en aucune ſorte.

---

## CHAPITRE VII.

### *De l'Acquiſition des* Accessoires.

§. I. La plûpart des choſes qui entrent en proprieté, ne demeurent pas toûjours dans le même état. Il y en a dont la matiere ſe dilate intérieurement, & groſſit par ce moyen leur ſubſtance. D'autres reçoivent des accroiſſemens extérieurs. D'autres produiſent des fruits de différente nature. Pluſieurs enfin acquiérent, par un effet de l'induſtrie humaine, une nouvelle forme qui leur donne un plus grand prix. Tout cela peut être compris ſous le nom general d'Accessoires (1), qui ſe réduiſent en general à deux ſortes : l'une, de ceux qui proviennent uniquement de la nature même des Choſes, ſans que les Hommes ayent aucune part à leur production; l'autre, de ceux qui doivent leur origine ou en tout, ou en partie, au fait des Hommes, & à quelque travail ou quelque induſtrie. Combien il y a de diverſes ſortes d'*Acceſſoires ?*

§. II. La régle generale qu'il faut d'abord poſer ici, c'eſt (1) que *les Acceſſoires* L'Acceſſoire appartient ordinairement au Proprietaire de la choſe même.

(7) Voyez le Traité *du Juge compétent des Ambaſſadeurs*, &c. de l'Illuſtre Mr. Bynkershoek, Chap. II. §. 3. *& ſuiv.* de ma Traduction & avec mes Notes.

(8) Joignez ici ce que j'ai dit ſur Grotius, Liv. II. Chap. III. §. 9. *Note* 5.

Ch. VII. §. I. (1) C'eſt ainſi que j'ai exprimé le terme Latin *Acceſſiones.* Si j'avois dit *Acceſſion*, comme fait Mr. de Courtin dans ſa Traduction de Grotius, cela n'auroit pas été intelligible. Tout ce que notre Auteur renferme ici dans l'idée de ce terme, peut être regardé comme un *Acceſſoire* qui ſuit le *principal* ou le fond même de la choſe. Au reſte, comme le remarque Mr. Titius, *Obſerv.* CCXCVII. notre Auteur ne devoit pas rapporter l'acquiſition des Acceſſoires uniquement à l'*Acquiſition Primitive.* Voyez le §. I. du Chap. précédent; car il paroît par les exemples même dont il traite ici, que l'on acquiert ſouvent par droit d'Acceſſoire, des choſes qui appartenoient à autrui.

§. II. (1) Cette Régle ne regarde que les cas dans leſquels l'Acceſſoire provient ou de la Nature ſeule, ou du fait de celui à qui appartient la choſe. Mais lorſque l'Acceſſoire eſt ou en tout, ou en partie, à une autre perſonne, & qu'il ſurvient ou par un effet du travail & de l'induſtrie d'autrui, ou par quelque accident : il réſulte de là ou une communauté, ou une occaſion d'acquerir le bien d'autrui, ſoit en conſéquence de certains principes d'Equité, ou par un accord des Parties, ou en vertu de quelque Loi poſitive. J'ai tâché de donner en peu de mots des régles pour

*appartiennent au maître de la Choſe, à laquelle ils ſurviennent.* Cela ſuit manifeſtement de la nature de la Proprieté, & du but que l'on ſe propoſe en l'établiſſant. Car il y a bien des choſes dont la poſſeſſion ſeroit entierement inutile, ſi d'autres que le Proprietaire en recueilloient les fruits; & il ne ſeroit pas avantageux pour la paix du Genre Humain, que chacun pût prétendre aux Acceſſoires, auſſi légitimement que celui qui eſt regardé comme le maître du Fond. Ainſi il n'eſt nullement néceſſaire d'établir pour fondement du droit qu'on a ſur les Acceſſoires, une priſe de poſſeſſion feinte, en vertu de laquelle celui qui poſſede une choſe ſoit cenſé s'emparer par le moyen de cette choſe, de tout ce qui y ſurvient; ni de dire que la choſe elle-même entraîne après ſoi les Acceſſoires, comme étant plus conſidérables qu'eux.

Des différentes ſortes de *Fruits*.

§. III. ON appelle *Fruits* tout accroiſſement, multiplication, augmentation, émolument ou revenu de quelque choſe que (1) ce ſoit; & on les diviſe en (2) *Fruits Naturels*, & *Fruits Civils* (3). Les premiers ſont ceux qui proviennent de la choſe même. Les autres, ce ſont ceux que l'on recueille à l'occaſion de la choſe.

Des *Fruits Naturels*, quelques-uns ſont produits par la Nature elle-même (4) ſans aucun ſoin & ſans aucune culture. Mais il y en a d'autres que la Nature ne produit (5) qu'après avoir été diſpoſée, aidée, ou rendue féconde par un travail & des ſoins plus ou moins grands; d'où vient qu'on les appelle des *Fruits de notre induſtrie*. Les uns & les autres, tant qu'ils ne ſont pas ſéparez de la choſe d'où ils proviennent, ſont cenſez en faire partie (6). Mais du moment qu'ils en ont été détachez, on les regarde comme ayant une exiſtence propre & diſtincte.

Les *Fruits Civils* ſont, par exemple, les Intérêts d'un argent prêté, (7) le prix d'un Loüage ou d'une Rente, ce qui ſe donne pour le Port ou la Voiture des Marchandiſes, & autres choſes ſemblables.

Les Fruits Naturels, & les Fruits Civils, appartiennent naturellement les uns & les autres au Proprietaire de la choſe d'où ils proviennent.

Les Fruits des *Animaux* appartiennent au Maître de la Mere.

§. IV. POUR ce qui regarde en particulier (1) les *Fruits des Animaux*, la plû-

décider tous ces cas ſelon le Droit Naturel tout ſeul, dans l'Abrégé des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. XII. §. 7. *Note* 4. des dernieres Editions. A quoi on peut joindre mes Notes ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. VIII. §. 8, 19, *& ſuiv.*

§. III. (1) Notre Auteur remarquoit ici, que ce qui naît d'un Animal a un nom particulier, ſçavoir celui de *Fœtus*; mais cela n'a lieu qu'en Latin, & même, comme chacun ſçait, on ſe ſert auſſi du mot de *Fœtus* en parlant des Plantes. J'ajoûte encore que le mot général de *Fructus* ſe dit quelquefois des Petits d'un Animal, comme le fait voir Mr. NOODT, dans ſes *Obſervations*, Lib. I. Cap. X.

(2) Les Juriſconſultes Romains diſent, qu'il n'y a que ceux-là qui ſoient proprement des *Fruits*. Les autres, qui ne proviennent pas de la choſe même, mais ſeulement à l'occaſion de la choſe, ſont des fruits de l'induſtrie humaine; & ainſi on ne les regarde comme des Fruits de la choſe, que par une fiction de droit: *Nam etſi maximè vecturæ, ſicut uſura, non* NATURA *pervenit, ſed* JURE *percipitur*, &c. DIG. Lib. VI. Tit. I. *De Rei Vendic.* Leg. LXII. *Uſura pecuniæ, quam* percipimus, in fructu non eſt: quia NON EX IPSO CORPORE, *ſed ex aliâ cauſſâ eſt, id eſt, novâ obligatione.* Lib. L. Tit. XVI. *De verbor ſignific.* Leg. CXXI. De là on tire diverſes conſéquences, & par rapport à d'autres matieres du Droit Romain. Voyez Mr. NOODT, *Comm. in Digeſt.* page 196.

(3) Ou *Legitimi*, dit notre Auteur: terme qu'on ne ſçauroit exprimer en François, & qui donne à entendre que ces ſortes de Fruits viennent de quelque droit réglé par les Loix. Voyez la Note précédente.

(4) Par exemple, le Fourage, les fruits des Arbres ſauvages, les Bois taillis, les matieres des Mines, les pierres des Carriéres, &c.

(5) Comme le Blé, & les autres ſortes de grains, &c.

(6) C'eſt ainſi que, ſelon les Juriſconſultes Romains, les fruits pendans par les racines, c'eſt-à-dire, qui ne ſont pas encore cueillis ni tombez, mais qui tiennent à l'Arbre, ſont partie du Fonds. *Fructus pendentes pars fundi videntur.* DIGEST. Lib. VI. Tit. I. *De rei vendicat.* Leg. XLIV.

(7) *Prædiorum urbanorum penſiones pro fructibus accipiuntur.* DIGEST. Lib. XXII. Tit. I. *De uſuris & fructibus*, &c. Leg. XXXVI. *Operæ quoque ſervorum in eadem erunt cauſa, quæ ſunt penſiones. Item vectura navium, & jumentorum.* Lib. V. Tit. III. *De heredit. petit.* Leg. XXIX.

§. IV. (1) Les Juriſconſultes Romains ne mettoient pas au nombre des *Fruits*, les enfans d'une Femme Eſclave, parce, diſoient-ils ſelon les principes des *Stoïciens*, qu'il eſt abſurde de regarder comme un Fruit une Créature Humaine à l'uſage de qui la Nature a deſtiné tous les Fruits qu'elle produit. *In pecudum fructu etiam fœtus eſt, ſicut lac, pilus, & lana..... Partus verò ancillæ in fructu non eſt.... abſurdum enim videbatur, hominem in fructu eſſe: cùm omnes fructus rerum na-*

part des Juriſconſultes veulent qu'ils *ſuivent le ventre* (2) ; c'eſt-à-dire, qu'ils appartiennent au Maître de la Mere, & non pas à celui du Pere. La raiſon de cela, ce n'eſt pas ſeulement que le plus ſouvent on ne connoît point le Pere, mais encore que le fruit a pendant quelque tems fait partie de la Mere, au lieu qu'il n'a jamais fait partie du Pere; outre que l'influence de la Mere ſur la production du *Fœtus* eſt à cet égard beaucoup plus conſidérable que celle du Pere, quoique peut-être, à les regarder comme des Cauſes Phyſiques, ils y contribuent l'un & l'autre également. En effet, il ne s'agit pas ici de ſçavoir, ſi la naiſſance d'un Veau, par exemple, doit être attribuée au Taureau plus qu'à la Vache; mais ſeulement ſi le Veau appartient plus au maître du Taureau qu'à celui de la Vache? Or le Taureau ne ſe fatigue pas beaucoup, & ſon Maître ne perd rien à cela, ou du moins très-peu: au lieu que tant que la Vache eſt pleine, elle n'eſt guéres bonne à autre choſe, & cependant il faut la nourrir mieux que jamais. Ainſi le maître du Taureau ne ſauroit du moins prétendre légitimement entrer en portion égale avec le maître de la Vache; d'autant plus qu'un ſeul Mâle ſuffit pour couvrir pluſieurs Femelles. Cela n'empêche pourtant pas que ſi quelqu'un entretient tout exprès des Etalons, on ne doive lui donner quelque choſe en récompenſe du ſervice qu'on en tire (a).

(a) Voyez *Ziegler* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. VIII. §. 18. & *Selden*, ſur ce même endroit.

Ce qui eſt *planté & ſemé*, ſuit le *Fonds*.

§. V. ON dit auſſi, que (1) *ce qui a été planté ou ſemé ſuit le Fonds* où il ſe trouve, & *les Greffes, le tronc* ſur lequel elles ſont entées; parceque ces choſes-là ſe nourriſſent non ſeulement du Fonds, mais encore ne font qu'un même Tout avec lui, & deviennent une de ſes parties: car on ſuppoſe qu'elles ayent déja pris racine, (2) autrement elles demeurent à l'ancien maître. GROTIUS (a) ſoûtient que cette déciſion n'eſt que de Droit Poſitif; car, dit-il, l'Aliment fait ſeulement partie d'une choſe qui exiſtoit déja: ainſi le Proprietaire du Fonds acquiert à la verité

(a) *Liv.* II. *Chap.* VIII. §. 24.

*tura gratia hominis comparaverit.* INSTITUT. *Lib.* II. Tit. I. *De rerum divis.* &c. §. 37. Voyez ci-deſſous Chap. VIII. §. 7. D'autres diſent, que c'eſt ſeulement à cauſe que l'on achete ordinairement une Femme Eſclave, pour en tirer les ſervices dont elle eſt capable, & non pas pour avoir les Enfans qu'elle peut mettre au monde: *Quia non temere ancillæ ejus rei cauſa comparantur, ut pariant.* DIGEST. Lib. V. Tit. III. *De hereditatis petitione*, Leg. XXVII. *princ.* Voyez VINNIUS ſur l'endroit des Inſtitutes, qui vient d'être cité.

(2) *Si equam meam equus tuus prægnantem fecerit, non eſſe tuum, ſed meum, quod natum eſt.* DIGEST. Lib. VI. Tit. I. *De rei vendicat.* Leg. V. §. 2. Voyez le même Titre du CODE, Leg. VII.

§. V. (1) *Si* Titius *alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit. Et ex diverſo ſi* Titius *ſuam plantam in* Mævii *ſolo poſuerit*, Mævii *planta erit: ſi modo utroque caſu radices egerit, ante enim quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat .... Qua ratione autem plantæ quæ terræ coaleſcunt, ſolo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ ſata ſunt, ſolo cedere intelliguntur.* INSTITUT. *Lib.* II. *Tit.* I. §. 31, 32. Mr. THOMASIUS dans ſa Diſſertation *de Pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, Cap. III. depuis le §. 38. juſqu'à la fin du Chapitre, tâche de faire voir que les Juriſconſultes Romains ont été fort embarraſſez à décider les cas qui ſe préſentent ſur toute cette matiere, parcequ'ils ont raiſonné ſur des principes ſubtils, plûtôt que ſur une conſidération attentive de la nature & de l'uſage des choſes, ou ſur une Régle très-ſimple, que Mr. THOMASIUS poſe, qui eſt que l'on doit ſe contenter de l'équivalent en matiere de choſes ſuſceptibles de remplacement (*Res fungibiles*), & qu'elles ne doivent pas être miſes à prix ſelon le cas particulier qu'en fait celui à qui elles appartiennent, pour quelque raiſon d'inclination.

(2) Les Juriſconſultes n'ajoûtent cette reſtriction qu'au ſujet des Arbres & des Plantes, comme il paroît par l'endroit des INSTITUTES, que j'ai cité dans la Note précédente, & mieux encore par cette Loi du Code: *Si quis ſciens alienum agrum ſevit, vel* PLANTAS *impoſuit, poſtquam* [ HÆ ] *radicibus terram fuerint amplexæ, ſolo cedere rationis eſt.* Lib. III. Tit. XXXII. *De rei vindic.* Leg. XI. Et en effet, le moyen de ramaſſer le grain qu'on a une fois jetté en terre? Cependant, à ſuivre le principe ſur lequel ils raiſonnoient, il faudroit dire la même choſe des Grains ſemez dans le Champ d'autrui; car ils diſoient, que l'Arbre ou la Plante appartiennent au Maître du Fonds, parceque dès que ces choſes-là ont pris racine, & qu'elles ſe nourriſſent du ſuc de la Terre, elles ne ſont plus les mêmes; on les regarde comme des choſes toutes nouvelles, dont le Maître du Champ s'empare par droit de premier occupant. *Arbor radicitus eruta, & in alio poſita, priùs quàm coaluerit, prioris Domini eſt: ubi coaluit, agro cedit: & ſi rurſus eruta ſit, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile eſt, alio terræ alimento aliam factam.* DIG. Lib. XL. Tit. I. *De adquir. rer. dom.* Or, ſur ce pié-là, il eſt certain que les Grains jettez en terre demeurent les mêmes avant que d'avoir germé.

quelque droit ſur la Plante, l'Arbre ou la Semence, à cauſe de l'aliment qu'elle tire du ſuc de ſa Terre ; mais cela n'empêche pas que le maître de la Semence, de la Plante ou de l'Arbre, ne conſerve ſon droit, à en juger par les maximes ſeules de la Loi Naturelle; deſorte qu'il y a entr'eux, à cet égard, une eſpece de communauté. La Loi du Droit Romain me paroît néanmoins bien fondée ; car elle ne veut pas que le Proprietaire de la Semence, de la Plante ou de l'Arbre, perde ſon bien lorſqu'il a agi de bonne foi en l'incorporant, pour ainſi dire, à celui d'autrui ; & elle n'empêche pas non-plus que le maître du Fonds & celui de la Plante ne la poſſedent deſormais en commun, (3) s'ils le jugent à propos, enſorte que chacun en jouïſſe à proportion du prix de la Plante, & de l'uſage du fonds. Mais les Loix ne forçant perſonne à poſſeder ſon bien conjointement avec celui d'autrui, & ces ſortes de choſes ne pouvant être partagées ; la queſtion eſt de ſçavoir, auquel des deux, ou du maître du Fonds, ou du Proprietaire de la Semence, il faut adjuger la Plante entiere, à la charge pourtant de payer à l'autre la valeur de ce qui lui appartenoit ? Or comme pour l'ordinaire ces ſortes de choſes étant une fois incorporées au Fonds, (4) ne ſauroient être aiſément tranſportées ailleurs, ni ſe conſerver abſolument hors de terre ; & que d'ailleurs il ne paroît pas convenable, que le Fonds, qui de ſa nature eſt immobile & ſubſiſte toujours, cede à une Plante de peu de durée : on a trouvé bon d'établir pour régle generale, que la Plante ſuivroit le Fonds ; bien entendu que ſi celui qui auroit planté ou ſemé quelque choſe dans le Fonds d'autrui l'avoit fait de bonne (5) foi, le maître du Fonds lui payeroit la valeur de la Plante ou du Grain qu'il y a mis. Il faut remarquer pourtant, que ſi le Proprietaire du Champ avoit réſolu de ſemer, par exemple, du Froment, & que l'autre y ait ſemé du Seigle ; le premier, en ce cas-là, ſemble être diſpenſé de payer la valeur du Seigle, puiſqu'il reçoit alors du dommage en ce que ſa Terre ſe trouve enſemencée d'un grain de moindre prix qu'il ne s'étoit propoſé. Mais ſi la Plante peut ſe tranſporter aiſément, il eſt juſte que celui à qui elle appartient ait la liberté de la reprendre & de la tranſplanter ailleurs, après avoir payé autant que peut ſe monter l'uſage du Fonds où elle a pris nourriture ; ſurtout s'il s'agit d'une Plante de plus grande valeur que n'eſt l'uſage du Fonds. (6)

Si les *Bâtimens* ſuivent le Fonds ?

§. VI. ON peut appliquer à-peu-près les mêmes principes aux *Bâtimens qui*

(3) Le Droit Romain n'admet point de communauté en ce cas, & autres ſemblables. Voyez ce que j'ai remarqué ſur GROTIUS, *Liv.* II. *Chap.* VIII. §. 19. *Note* 4.

(4) Mr. THOMASIUS, dans la Diſſertation que j'ai citée, dit que ces ſortes de choſes ſont de telle nature qu'elles peuvent être remplacées ou par d'autres toutes ſemblables de même eſpece, ou par leur valeur payée en argent. Il n'y a guéres de gens qui ne ſe contentent de les recouvrer de cette maniere, & il arrive rarement qu'il y ait quelque raiſon particuliere qui faſſe ſouhaiter de ravoir préciſément en eſpece ce que l'on a ſemé ou planté. Il faut ajoûter cette conſidération à celles de nôtre Auteur, ou plûtôt c'eſt la principale à laquelle on doit ici faire attention.

(5) Il faut bien remarquer cela : car s'il y a de la mauvaiſe foi de la part de celui qui a planté ou ſemé, je veux dire, s'il ſçavoit que le Fonds ne lui appartenoit point, il mérite de perdre & ſa peine & ſon bien, qu'il a malicieuſement mêlé avec celui d'autrui. Sans cela chacun ſeroit expoſé à voir ſes Terres enſemencées ou plantées d'Arbres par quelque autre, qui en ſeroit quitte pour ne pas joüir de la choſe même. Voyez la Loi du CODE, citée ci-deſſus, *Note* 2. & INSTITUT. Lib. II. Tit. I. §. 32. comme auſſi ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. VIII. §. 24. *Note* 1.

(6) Notre Auteur rapportoit ici une Loi de *Solon*, par laquelle *il régla la diſtance qu'il falloit obſerver dans les plantes des Arbres ; & il ordonna qu'on n'en plantât aucun qu'à cinq pieds du Fonds de ſon Voiſin, & à neuf, ſi c'étoit un Figuier, ou un Olivier, qui étendent plus loin leurs racines, & dont le voiſinage n'accommode pas toute ſorte d'Arbres : car, outre qu'ils leur ôtent leur nourriture, il y en a qu'ils empoiſonnent par leur vapeur.* C'eſt ainſi que Mr. DACIER traduit les paroles de PLUTARQUE dans la vie de ce fameux Légiſlateur, page 91. D. *Edit. Wechel.* Voyez DIGEST. Lib. X. Tit. I. *Finium regund.* Leg. XIII. & *Lib.* XLI. *Tit.* I. *De adquir. rerum domin.* Leg. VII. §. 13. Notre Auteur citoit cette derniere Loi, ſur le ſens de laquelle on peut voir principalement HIERON. MAGIUS. *Miſc.* IV. 7. & MENAGE, *Amænit. Juris*, Cap. IX. page 51. *Edit. Lipſ.*

*ont été élevez dans un Fonds d'autrui, ou conſtruits de Matériaux qui n'appartiennent pas au maître du Fonds.* Si le Bâtiment peut être tranſporté ailleurs (1), le maître du Fonds n'y a ſans contredit aucun droit, & l'autre en eſt quitte en lui payant le dommage que cela a cauſé au Fonds. Pour ceux qui ne ſont pas mobiles, ſi en bâtiſſant, par exemple, une Maiſon dans ſon propre Fonds, on a employé des Matériaux qui appartenoient à quelque autre, il vaut mieux pour lui ordinairement d'en recevoir la valeur, que de reprendre ſes Matériaux, qui ne ſauroient guéres ſervir à un autre Bâtiment. Mais ſi les Matériaux ſont demeurez en bon état, & que celui à qui ils appartiennent en ayant lui-même beſoin, n'en puiſſe aiſément trouver ailleurs d'autres qui l'accommodent auſſi-bien; il eſt juſte de les lui laiſſer emporter. Les Loix des *XII. Tables*, qui ne le permettoient pas, dédommageoient par un autre endroit le maître des Matériaux, en lui donnant action (2) pour l'indemnization du double. Que ſi l'on a bâti de ſes propres Matériaux dans le Fonds d'autrui, ſçachant bien que ce Fonds ne nous appartenoit pas (3); comme en ce cas-là, on ne peut guéres être diſculpé d'avoir voulu malicieuſement dépoſſeder le Proprietaire du Fonds, celui-ci n'eſt tenu, ce ſemble, ni de nous payer la valeur des Matériaux & le travail des Ouvriers, ni de nous laiſſer démolir le Bâtiment pour emporter nos Matériaux (a). Mais lorſqu'il n'y a point eu de mauvaiſe foi de la part de celui à qui appartiennent les Matériaux, & qu'il ne peut les reprendre ſans démolir tout-à-fait le Bâtiment; les Loix Romaines veulent (4) que le Bâtiment ſuive le Fonds; de telle ſorte pourtant, que ſi celui qui a fait le Bâtiment en eſt actuellement en poſſeſſion, le Proprietaire du Fonds doit lui rembourſer ce qu'il a donné pour le travail des Ouvriers, & la valeur des Matériaux (b). Car quoique d'ordinaire le Bâtiment

(a) Voyez *Lex Longobard.* Lib. I. Tit. XXVII. § 1.

(b) Voyez *Edictum Theodorici*, Cap. CXXXVII.

§. VI. (1) Cela eſt ainſi décidé dans le DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rerum domin.* Leg. LX. Titius *horreum frumentarium novum, ex tabulis ligneis factum, mobile in* Seii *prædio poſuit. Quæritur, uter horrei dominus ſit? Reſpondit, ſecundum quæ proponerentur, non eſſe factum* Seii. Voyez auſſi *Lib.* VI. *Tit.* I. *De rei vindicat. Leg.* XXXVIII.

(2) C'eſt ce qu'on appelloit *Actio de tigno juncto*; car on entendoit par *tignum*, toute ſorte de Matériaux. La raiſon pourquoi les XII. Tables en diſpoſoient ainſi, c'étoit pour empêcher qu'un Bâtiment qui ornoit la Ville, ne fût aiſément démoli. *Quum in ſuo ſolo aliquis ex alienæ materia ædificaverit, ipſe intelligitur dominus ædificii: quia omne, quod ſolo inædificatur, ſolo cedit. Nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus ejus eſſe: ſed tantiſper neque vindicare eam poteſt, neque ad exhibendum de ea re agere, propter Legem duodecim Tabularum, qua cavetur,* NE QUIS TIGNUM ALIENUM ÆDIBUS SUIS JUNCTUM, EXIMERE COGATUR: *ſed duplum pro eo præſtet per actionem, quæ vocatur de tigno juncto. Appellatione autem tigni omnis materia ſignificantur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo proviſum eſt, ne ædificia fiunt. Quod ideo proviſum eſt, ne ædificiá reſcindi neceſſe ſit.* INSTIT. Lib. II. Tit. I. §. 29. Mais ſi le Bâtiment avoit été démoli pour quelque autre raiſon, alors celui à qui appartenoient les Matériaux, pouvoit les reprendre, à moins qu'il n'eût dejà reçu l'indemnization du double. *Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit duplum jam conſequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.* Ibid. Pluſieurs Interprêtes croyent, & la ſuite du Diſcours le fait aſſez voir, que le paragraphe des INSTITUTES, dont je viens de citer une partie, accorde l'action pour indemnization du double au maître des Matériaux contre le Proprietaire du Fonds, lors même que celui-ci en bâtiſſant a agi de bonne foi, je veux dire qu'il a employé les Matériaux ſans ſçavoir qu'ils appartinſſent à un autre. Voyez ARN. VINNIUS, ſur cet endroit. Mr. NOODT eſt d'un autre ſentiment, *Comment. in Dig.* page 192, 193. Mais il a beſoin pour le ſoûtenir, d'effacer dans le paragraphe dont il s'agit, les mots, *ſi non fuerit duplum jam conſequutus.*

(3) *Ex diverſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ædificaverit, illius ſit domus, cujus & ſolum eſt. Sed hoc caſu materiæ dominus proprietatem ejus amittit: quia voluntate ejus intelligitur eſſe alienata, utique ſi non ignorabat ſe in alieno ſolo ædificare: & ideo licet diruta ſit domus, materiam tamen vindicare non poteſt.* INSTIT. Lib. II. Tit. I. §. 30.

(4) *Certè illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli dominus petat ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ, & mercedes fabrorum: poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, utique ſi bona fidei poſſeſſor fuerit qui ædificavit. Nam ſcienti alienum ſolum eſſe, poteſt objici culpa, quòd ædificaverit temerè in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe. Ibid.* Voyez DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquirendo rerum dominio*, Leg. VII. §. 10, 11, 12. Il paroît par-là & par d'autres Loix, que quand celui qui a bâti dans le Fonds d'autrui n'eſt pas en poſſeſſion du Bâtiment, le Droit Romain ne lui laiſſe aucune reſſource pour le dédommagement de la valeur des matériaux & du travail des Ouvriers; quoique le grand CUJAS ait été d'un autre avis. Voyez encore ici VINNIUS, ſur le paragraphe des INSTITUTES, qui vient d'être cité.

vaille plus que le Fonds où il eſt poſé, on n'a pas jugé convenable que le premier qui eſt immobile, ſuivît l'autre qui peut changer de place, ſinon tout entier, du moins par parties. Cependant ſi le maître du Fonds peut aiſément ſe paſſer de l'endroit où le Bâtiment ſe trouve élevé, & qu'il n'ait pas le moyen de payer la valeur du Batiment; il eſt juſte que celui qui a bâti garde ſon Bâtiment, en payant à l'autre ce que peut valoir la place.

Le *Papier* ſuit l'*Ecriture.*

§. VII. MAIS je ne ſaurois approuver une autre déciſion des Juriſconſultes Romains, qui appliquant au *Papier* & au *Parchemin* la régle des cas dont nous venons de parler, ſoûtiennent, que comme la Plante ou la Semence ſuit le Fonds, (1) de même lorſqu'on a écrit quelque choſe ſur un Cayer blanc que l'on ne ſçavoit pas appartenir à autrui, il faut indiſpenſablement le rendre à ſon maître, s'il le veut ainſi; bien entendu qu'il nous paye nôtre peine, & les frais de l'écriture. Pour moi je ſoûtiens, au contraire, que l'Ecriture étant d'ordinaire plus conſidérable que le Papier ou le Parchemin, il eſt juſte que celui à qui il appartient ſe contente d'en recevoir la valeur: d'autant plus que comme (2) d'autres le remarquent avec aſſez de fondement, c'eſt une choſe, qui ſe conſume en quelque façon par l'uſage; d'où il naît une grande différence entre un Bâtiment & une Ecriture. En effet, ce que l'on appelle du Papier ou du Parchemin, ne demeure tel, à proprement parler, que quand il eſt blanc: car, dès qu'il y a quelque choſe d'écrit, ce n'eſt plus du Papier, c'eſt une *Lettre*, un *Livre*, un *Mémoire*, &c. Quand donc quelqu'un a écrit ſur du Papier ou du Parchemin qui m'appartenoit, je n'y perds autre choſe, ſi ce n'eſt que je ne puis plus y écrire tout ce qu'il me plaît: ainſi, après en avoir reçu la valeur, je n'ai pas ſujet de me plaindre, puiſque tout autre Papier & tout autre Parchemin peut ſervir au même uſage.

La *Toile* ſuit la *Peinture.*

§. VIII. C'EST avec plus de raiſon que les mêmes Juriſconſultes diſent, (1) que *la Toile ſuit la Peinture*: (2) car celle-ci eſt d'ordinaire incomparablement plus pré-

§. VII. (1) *Literæ quoque, licet aureæ ſint, perinde chartis membraniſve cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea quæ inædificantur, aut inſeruntur: ideoque ſi in chartis membraniſve tuis carmen, vel hiſtoriam, vel orationem* Titius *ſcripſerit; hujus corporis non* Titius, *ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi à* Titio *petas tuos libros tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere paratus ſis: poterit ſe* Titius *defendere per exceptionem doli mali, utique ſi earum chartarum membranarumve poſſeſſionem bona fide nactus eſt.* INSTIT. Lib. II. Tit. I. §. 33. Voyez la Note 2. ſur le §. ſuivant. Ce Texte, ſelon Mr. DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. III. Tit. VII. Sect. II. §. 15. doit s'entendre ou d'une autre matiere plus précieuſe que nôtre Papier, ou d'une écriture qui ne mériteroit pas que la matiere ſur quoi on auroit écrit fût ôtée à ſon maître, comme ce que l'on écrivoit ſur des Tablettes cirées, pour l'effacer enſuite. Mais pour l'écriture ſur du Papier comme le nôtre, il dit que le maître du Papier ne deviendroit pas le maître de ce qu'on y auroit écrit, ne fût-ce qu'une ſimple Lettre, & encore moins ſi c'étoient des écrits ou des Actes de quelque conſéquence. Cette explication ſauveroit en partie l'abſurdité de la déciſion des Juriſconſultes Romains: mais le malheur eſt, qu'elle n'a aucun fondement. Le Texte eſt trop clair pour ſouffrir une interprétation favorable, & rien ne prouve mieux combien les idées que ces Juriſconſultes s'étoient faites de ce que l'on doit regarder ici comme l'acceſſoire, ſont fauſſes, & de plus mal liées; puiſqu'ils décident tout autrement en matiere de peinture, quoique le cas ſoit préciſement le même.

(2) FRANÇOIS HOTMAN; & cela revient à la Régle de Mr. THOMASIUS, dont j'ai parlé. Voyez la Diſſertation de celui-ci, *De Pretio affectionis*, &c. Cap. III. §. 65, 66. & les *Eſſais de Juriſprudence* de feu Mr. DE TOUREIL, *Queſt.* I. où il allégue les raiſons de part & d'autre, ſur ces cas, avec toute ſon éloquence.

§. VIII. (1) *Si quis in aliena tabula pinxerit, .... nobis videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere. Ridiculum eſt enim, picturam* Appellis, *vel* Parrhaſii, *in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere.* Inſtitut. Lib. II. Tit. I. §. 34. Voyez la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, §. 67. & le *Jus privatum Romano-Germ.* de Mr. TITIUS. Lib. III. Cap. V. §. 55. *& ſeqq.* EDMOND MERILLE, *Obſerv.* Lib. VIII. Cap. 28. & après lui Mr. SCHULTING, *Notæ in Juriſpr. Ante-Juſtin.* page 28. reconnoiſſent que les Juriſconſultes Romains auroient mieux fait, ſelon leurs propres principes, de regarder la Toile ou la Planche, comme ayant pris par la peinture une forme toute nouvelle, en vertu dequoi le fonds étoit cenſé ne plus ſubſiſter, & par conſéquent devoit demeurer au Peintre.

(2) La plûpart des Juriſconſultes prétendent qu'ici, comme à l'égard de ce qui a été ſemé ou bâti dans le Fonds d'autrui, la bonne foi eſt néceſſaire pour avoir droit de redemander ou de garder le Tableau, en payant la valeur de la Toile à celui à qui elle ſe trouve appartenir. Et en effet, JUSTINIEN, ou plûtôt TRI-

cieuſe que l'autre ; & après avoir reçu la valeur d'un morceau de Toile ou d'une Planche, on peut aiſément ſe paſſer d'une choſe comme celle-là qui eſt très-commune, & dont on trouve partout autant qu'on veut. Mais par la même raiſon, l'Equité demande quelquefois une déciſion toute oppoſée; lors, par exemple, qu'un Barbouilleur, *qui ne ſçait* (a) *repréſenter que des Cyprès*, a tracé ſur une Toile ou une Table de prix, quelque méchante peinture que l'on aimeroit mieux n'y voir pas ; ou lorſqu'un Graveur a travaillé ſur une Lame d'or ou d'argent, ou ſur une Pierre précieuſe qui appartient à un autre. Ainſi il faudroit être bien impertinent, pour prétendre que le maître d'une maiſon nous la cédât, ſous prétexte de quelque peinture qu'on auroit faite ſur la muraille (b). Et même, comme c'eſt une choſe purement pour le plaiſir, on ne pourroit guéres alors exiger du maître de la Maiſon la valeur de la peinture, à moins que celui-ci ne fût aſſez riche pour donner lieu de préſumer qu'il auroit volontiers fait de lui-même une pareille dépenſe.

(a) *Horat. Art. Poëtic.* verſ. 19, 20.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. *De rei vindic.* Leg. XXXVIII.

*La Pourpre ſuit l'Habit.*

§. IX. LE Droit Romain veut encore, (1) que la *Pourpre ſuive l'Habit*, quoiqu'elle ſoit plus précieuſe. Cela ſe peut entendre en deux manieres; car ou l'on a broché une trame de pourpre, appartenante à autrui, (2) ſur une chaîne de moindre prix, qui eſt à nous; ou l'on a couſu à ſon propre Habit une Bande de pourpre appartenante à autrui. Dans le premier cas il n'y a point de doute que l'Etoffe ne doive être adjugée au maître de la Pourpre. Car il ne faut pas toûjours tenir pour acceſſoire (3), ce qui eſt inſéparable d'une choſe, (4) & qui s'y trouve, pour ainſi dire, phyſiquement attaché ; mais on doit ſans contredit avoir auſſi égard à la valeur de l'une & de l'autre, enſorte que, toutes choſes d'ailleurs égales, ce qui eſt de plus grand prix emporte ce qui vaut moins. A la verité, en matiere d'Etres Phyſiques, ce qui eſt inſéparablement joint à une choſe, & qui, par rapport à elle, tient lieu de *Mode* ou d'*Accident*, la ſuit toûjours, comme ſon *Sujet* hors duquel elle ne ſauroit exiſter. Mais quand il s'agit de l'acquiſition de la Proprieté dans laquelle on conſidere ſur-

RONIEN, le donne aſſez clairement à entendre dans le §. 34. qui vient d'être cité : *Utique ſi bona fidei poſſeſſor fuerit ille qui picturam impoſuit.* Voyez là-deſſus VINNIUS. Mais il me ſemble que c'eſt-là encore une déciſion qui doit être reformée, à en juger par le Droit Naturel que les anciens Juriſconſultes faiſoient profeſſion de ſuivre dans leurs déciſions ſur ces ſortes de cas. La matiere ſur quoi l'on peint, auſſi-bien que celle ſur quoi l'on écrit, eſt ordinairement de ſi petite valeur, qu'on ne peut guéres préſumer ici de mauvaiſe foi, & qu'elle ne ſçauroit avoir lieu que très-rarement. Lors même qu'elle paroît clairement, le principe qui l'a produite ne peut preſque jamais être reconnu aſſez mauvais, pour que celui en qui on la découvre mérite de voir ſon bien, & un bien de beaucoup plus grand prix que ce qu'il ſçavoit n'être pas à lui, demeurer ſans retour au véritable maître de la choſe avec quoi il l'avoit incorporé. Ainſi, à moins que quelque circonſtance extraordinaire n'aggrave le fait, l'Equité veut, à mon avis, que l'on ſe contente de recouvrer la valeur d'une main de Papier, d'un morceau de Toile, ou d'une Planche ; ou du moins qu'en gardant le Tableau ou l'Ecriture, on dédommage le Peintre ou l'Ecrivain, autant que cela ſe pourra ſans le priver du fruit d'un grand travail, ou ſans lui ôter des choſes, qui ne pouvant être remplacées, ſeroient abſolument perduës pour lui avec tout ce qui en dépend.

§. IX. (1) *Si alienam purpuram veſtimento ſuo quis intexuerit, licet pretioſior ſit purpura, tamen acceſſionis vice cedit veſtimento.* Ibid. §. 26.

(2) Il doit être indifférent au maître de la Pourpre, qu'on la lui rende en eſpece, ou qu'on lui en donne d'autre ſemblable, de même qualité & de même prix : ainſi il eſt juſte qu'il ſe contente de cet équivalent ; bien entendu que l'autre ait agi de bonne foi. Au reſte, dans cet exemple les Juriſconſultes Romains parlent de ce qu'on appelloit *Clous de Pourpre*, & en quoi conſiſtoit les *Latus clavus*, *Auguſtus clavus*, qui ſe mettoient pour ornement aux *Toges*, & même à quelques Meubles. Voyez ce que dit après les Antiquaires qui ont traité à fond la matiere, le P. DE MONTFAUCON, *Antiq. Expliq.* Tome III. Liv. I. Chap. VI.

(3) Le Texte dit préciſément le contraire : *ce ſans quoi une autre choſe ne ſçauroit exiſter, & qui la ſoûtient, pour ainſi dire phyſiquement.* Il n'eſt pas beſoin que je m'étende à faire voir que l'Auteur par inadvertence, a confondu ici le principal avec l'acceſſoire, & qu'ainſi j'ai dû ſuivre ſa penſée plûtôt que ſes expreſſions.

(4) Comme le prétendent les Juriſconſultes Romains : *In omnibus igitur iſtis, in quibus mea res, per prævalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit, ſi eam rem vindicem*, &c. DIGEST. Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. XXIII. §. 4. Il y a immédiatement auparavant : *Sed neceſſe eſt ei rei cedi, quod ſine illa eſſe non poteſt.* §. 3. Voyez au reſte, mes Notes ſur l'endroit de GROTIUS cité en marge.

tout la valeur & l'uſage des choſes, & le beſoin qu'en peuvent avoir les intéreſſez ; cette raiſon n'eſt pas toûjours déciſive. GROTIUS (a) dit, que *la maxime qui porte : Que de deux choſes jointes enſemble la plus grande ſuit la moindre, eſt bien naturelle de fait, mais non pas de droit.* Si par-là il entend, que le plus fort peut toûjours actuellement emporter le plus foible, mais qu'il n'eſt pas toûjours juſte que les plus forts prennent le bien des plus foibles, ou que l'on perde ſon bien parcequ'il eſt moins conſidérable que celui d'un autre avec lequel il ſe trouve joint; ſi c'eſt-là, dis-je, la penſée de GROTIUS, j'y ſouſcris volontiers, & je reconnois, avec lui, qu'une perſonne qui a un vingtiéme ſur un Fonds eſt auſſi-bien maître de ſa portion que celui à qui appartiennent les dix-neuf autres eſt maître des ſiennes. Mais il n'eſt pas queſtion ici de ſçavoir, ſi la plus petite portion revient de droit à celui qui a la plus groſſe; il s'agit ſeulement de trouver quelque expédient pour accorder deux perſonnes qui ſe trouvent en concurrence au ſujet d'une choſe qu'elles ne peuvent ou ne veulent ni partager, ni poſſeder en commun. En ce cas-là, il eſt raiſonnable ſans contredit d'adjuger la choſe entiere à l'un des deux, à condition qu'il paye à l'autre la valeur de ſa portion. Mais pour déterminer lequel des deux doit avoir la préférence, il faut examiner quelle choſe eſt la plus conſidérable; ſi le Proprietaire en a grand beſoin, & autres ſemblables circonſtances. Si, par exemple, une piéce de Drap de pourpre, qui m'appartient, ſe trouve couſue à l'Habit d'un autre, quoique peut-être cette piéce ſoit de plus grand prix que l'étoffe de l'Habit, il vaut mieux que je laiſſe l'Habit tel qu'il eſt à celui qui l'a fait faire, moyennant qu'il me paye ce que peut valoir ma Pourpre; car ſi l'on découſoit l'Habit, celui pour qui il a été fait en recevroit du dommage, ſans qu'il m'en revînt à moi-même aucun profit, puiſque le morceau de drap ne me ſerviroit alors de rien. Je ne gagnerois pas plus à prendre l'Habit entier; car ordinairement un Habit qui n'a pas été fait pour une perſonne, ou lui eſt inutile, ou ne lui va guéres bien. En un mot, dans toute cette matiere il eſt plus aiſé de découvrir ce qui eſt juſte par un examen attentif des circonſtances particulieres de chaque cas, que d'établir là-deſſus des maximes generales.

(a) *Liv.* II. *Chap.* VIII. §. 21.

*De l'introduction d'une nouvelle Forme dans une Matiere appartenante à autrui.*

§. X. A L'ÉGARD de (1) *l'introduction d'une nouvelle Forme dans une Matiere appartenante à autrui*, il faut remarquer d'abord, qu'elle ne peut pas, à proprement parler, être miſe au rang des *Acquiſitions Primitives*; car comme naturellement rien ne ſe fait que d'une Matiere préexiſtente, il faut ou que la Matiere de l'Ouvrage ſoit à autrui, ou qu'elle nous appartienne, ou qu'elle ne ſoit à perſonne. Si elle étoit à nous, l'introduction d'une nouvelle Forme ne fait que continuer notre droit de Proprieté. Il en eſt de même, lorſque la Matiere n'étoit à perſonne, puiſqu'on en a acquis la Proprieté par droit de premier occupant. Que ſi elle appartenoit à autrui, l'acquiſition ne peut être que *dérivée*. Il faut donc voir en ce dernier cas, à qui elle doit être adjugée, ou au maître de la Matiere, ou à celui qui lui a donné la Forme. Surquoi les avis des Juriſconſultes Romains (2) ayant été partagez, on prit enfin ce milieu

§. X. (1) C'eſt ainſi qu'il a fallu expliquer le terme Latin des Interprêtes du Droit Romain, *Specificatio.* Mr. *de Courtin*, dans ſon Indice, dit *Spécification*: mais ce mot donne une toute autre idée dans nôtre Langue.

(2) *Quum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet quis eorum naturali ratione dominus ſit? .... Et poſt multam* Sabinianorum *&* Proculianorum *ambiguitatem, placuit media ſententia exiſtimantium, ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum poteſt ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum, ad uvas, vel olivas, vel ſpicas reverti non poteſt, at ne mulſum quidem ad vinum & mel

milieu, que ſi la Matiere pouvoit être remiſe dans ſon premier état, la choſe produite nouvellement appartiendroit au maître de la matiere; ſinon elle demeureroit à l'Auteur de la Forme ou de l'Ouvrage. Et ici il y en a qui ſe ſervent de cette raiſon très-évidente à leur gré, que quand la Matiere ne ſauroit reprendre ſa premiere Forme, il ſemble qu'elle ſoit détruite, & qu'on ait produit un Etre tout nouveau; deſorte qu'il eſt naturel de l'adjuger à celui qui l'a fait exiſter ſous cette nouvelle face. Au lieu que quand la Matiere peut retourner dans ſon premier état, elle eſt cenſée ſubſiſter encore malgré la production d'une nouvelle Forme, & par conſéquent n'avoir point changé de maître. D'autres, au contraire, (a) prétendent qu'il n'y a qu'à voir lequel des deux vaut le plus, ou la Matiere, ou la Forme. (3) Pour moi, je crois qu'aucune de ces hypothéſes ne ſauroit être appliquée à tous les cas, ſans préjudice de l'Equité, & qu'il faut encore avoir égard aux autres circonſtances. Par exemple, ſi avec mes Raiſins, mes Olives, ou mon Bled, quelqu'un a fait du Vin, de l'Huile, ou du Pain; & avec mon Miel & mon Vin, un breuvage compoſé; en vertu dequoi auroit-il droit, plûtôt que moi, ſur ces choſes qui ont reçu une nouvelle forme, par cette ſeule raiſon qu'elles ne peuvent être remiſes dans leur premier état? Certainement, puiſqu'elles ſont ſuſceptibles de diviſion, il faut les partager entre lui & moi, à proportion & de la valeur de ma matiere, & de la peine qu'il a priſe pour lui donner cette forme; mais ſi j'ai beſoin de la choſe entiere, je dois avoir la préférence ſur celui qui a produit la nouvelle forme. Suppoſé au contraire, que quelqu'un ait travaillé ſur un Métal qui appartient à autrui, & que l'Ouvrage vaille plus que la Matiere, quoiqu'on puiſſe faire redevenir ce Métal une maſſe informe; il eſt juſte de laiſſer l'Ouvrage à l'Ouvrier; bien entendu que l'Ouvrier rende une égale quantité du même Métal, ou que du moins il en paye la valeur. Mais il en iroit autrement, ſi le Proprietaire avoit deſtiné le Métal à un pareil Ouvrage dont il eût lui-même grand beſoin, & qu'il ne pût trouver d'autre Métal auſſi bon de même ſorte; car en ce cas-là l'Equité veut que le maître du Métal reprenne ſon bien, quoique peut-être le travail vaille plus que la matiere. Quelques-uns croyent qu'il faut encore conſidérer, ſi la matiere avoit une diſpoſition prochaine ou éloignée, à recevoir la Forme, & que, dans le premier cas, le maître de la Matiere doit avoir la préférence; dans l'autre, celui qui l'a miſe en œuvre. Par exemple, diſent-ils, ſi l'on a conſtruit un Vaiſſeau de Planches informes qui appartiennent à autrui, il demeure à celui qui l'a fait. Mais ſi les Planches étoient déja deſtinées & propres à entrer dans la compoſition d'un tel Bâtiment, il faut le céder au maître

(a) Voyez *Connan*, Comment. Jur. Civ. *Lib.* III. *Cap.* VI.

*mel reſolvi poteſt. Quod ſi partim ex ſua materia, partim ex aliena ſpeciem aliquam fecerit quis: veluti ex ſuo vino & alieno melle mulſum miſcuerit; aut ex ſuis & alienis medicamentis emplaſtrum aut collyrium; aut ex ſua lana & aliena veſtimentum fecerit: dubitandum non eſt, hoc caſu eum eſſe dominum, qui fecerit: cum non ſolùm operam ſuam dederit, ſed & partem ejuſdem materiæ præſtiterit.* Institut. *Lib.* II. Cap. I. §. 25.

(3) La Régle la plus ſimple & la plus générale que l'on peut donner ici, c'eſt celle de Mr. Thomasius, dont j'ai déja parlé, ſelon laquelle le Tout ou l'Ouvrage qui réſulte de deux choſes appartenantes à diverſes perſonnes, demeure ordinairement à l'Auteur de la nouvelle Forme; parceque la Matiere eſt le plus ſouvent de nature à être remplacée ou en elle-même, ou par ſa valeur payée en argent. Que ſi la Matiere étoit quelque choſe de travaillé, quand même on auroit eu quelque raiſon particuliere de l'eſtimer au-delà de ſa juſte valeur, comme ſi c'étoit un Gobelet d'Argent qui eût été donné par un Prince, & dont on eût fait un Baſſin; il faudroit toûjours que le Maître du Gobelet ſe contentât d'un autre Gobelet tout ſemblable, ou de la juſte valeur. Car ſi on lui cédoit le Baſſin, ou qu'on le refondit pour en faire un autre Gobelet ſemblable, ce ne ſeroit pourtant pas le même Gobelet que le Prince avoit donné. Tout ce qu'il y a, c'eſt que ſi celui qui du Gobelet a fait un Baſſin, ſçavoit que le Gobelet étoit à autrui, le véritable Proprietaire peut alors ſe faire payer le Gobelet ſelon ſon eſtimation particuliere. Voyez la Diſſertation *de Pretio affectionis*, &c. Cap. III. §. 43, & *ſeqq.*

des Planches. Si d'une Laine non-travaillée, qui eſt à moi, quelqu'un a fait un Habit pour lui, l'Habit doit lui reſter; mais ſi l'Habit eſt de mon drap, je puis me l'approprier. Si les drogues d'une Emplâtre étoient déja toutes prêtes pour cette compoſition celui à qui elles appartiennent doit avoir l'Emplâtre; ſinon, celui qui l'a faite peut la garder. Mais cette diſtinction ne ſuffit pas toûjours pour décider les cas d'une maniere conforme aux Régles de l'Equité; car ſi celui à qui appartiennent ces ſortes de matieres, eſt un Marchand qui les vend à chacun, ſoit informes, ſoit toutes prêtes à être miſes en œuvre, ou s'il en a plus qu'il ne lui en faut pour ſes beſoins; pourquoi ne laiſſeroit-il pas l'Ouvrage à ſon Auteur, après avoir reçu la valeur de la Matiere? D'autre côté, ſi le maître de la Matiere l'avoit deſtinée à un certain uſage, & qu'il n'en trouve pas commodément de pareille, cette néceſſité lui donne la préférence, quand même la Matiere n'auroit eu qu'une diſpoſition éloignée à prendre la Forme qu'elle a reçuë (b). Que ſi en travaillant on a mêlé avec ſa propre Matiere une Matiere qui appartient à autrui, on ne peut pas dire, comme font les Juriſconſultes Romains, qu'en ce cas-là il faille toûjours adjuger la choſe à l'Ouvrier, ſous prétexte qu'outre le travail d'où réſulte la forme, il a encore fourni une partie de la matiere. Car il ſe peut faire que le travail ſoit peut conſidérable, auſſi-bien que la portion de matiere qui appartient à l'Ouvrier; enſorte que la matiere de l'autre vaille plus toute ſeule & que la matiere, & que le travail de l'Ouvrier joints enſemble. Il y a auſſi des Ouvrages qui demandent néceſſairement une certaine quantité de matiere, enſorte que, pour peu qu'on en ôte le reſte devient inutile, du moins pour cet uſage particulier; & en ce cas-là il faut donner la préférence à celui qui a le plus beſoin d'un pareil Ouvrage. Du reſte, il eſt certain en general, comme le remarque (c) Grotius, que *chaque choſe étant compoſée de ſa Matiere & de ſa Forme, comme d'autant de parties; ſi la Matiere appartient à l'un, & la Forme à l'autre, la choſe devient naturellement commune, à proportion de la valeur de la Matiere & de la Forme; de même que, ſelon les Juriſconſultes Romains,* (4) *lorſqu'il ſe fait un mélange de pluſieurs Matieres de même genre, appartenantes à divers Maîtres, le Tout qui en réſulte devient commun, à proportion de ce que chacun a fourni du Sien.* Mais lorſque la choſe ne ſauroit être ni partagée ni poſſedée en commun, on doit conſulter les maximes de l'Equité, ou les réglemens des Loix Poſitives, pour décider quel des deux Maîtres la cédera toute entiere à l'autre, ſe contentant de recevoir la valeur de ſa portion (d). Il faut, au reſte, toûjours examiner en de tels cas, ſi c'eſt de bonne ou de mauvaiſe foi qu'on a employé la Matiere d'autrui, & qu'on lui a fait changer de forme; car lorſqu'on a agi de mauvaiſe foi, on ne ſauroit prétendre s'approprier la Choſe au préjudice de celui à qui appartient la Matiere, quand même l'Ouvrage ou la Forme vaudroit plus que la Matiere, & que celle-ci auroit reçu un changement ſi conſidérable, qu'elle parût une matiere toute nouvelle, ou quand même l'Ouvrier en auroit grand beſoin. Car ce n'eſt pas par une vertu propre & naturelle qu'une choſe plus conſidérable emporte celle qui l'eſt moins; il faut encore qu'il y ait d'ailleurs quelque raiſon apparente qui demande que le Maî-

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicatione*, Leg. LXI.

(c) *Liv.* II. *Chap.* VIII. §. 19. *num.* 2.

(d) Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. XXIII. §. 2, 3.

(4) *Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confuſa ſint, totum id corpus, quod ex confuſione fit, utriuſque commune eſt: veluti ſi qui vina ſua confuderint, aut maſſas argenti vel auri conflaverint. Sed & ſi diverſa materiæ ſint, & ob id propria ſpecies facta ſit; fortè ex vino & melle mulſum, aut ex auro & argento electrum: idem juris eſt; nam & hoc caſu communem eſſe ſpeciem non dubitatur. Quod ſi fortuitu, & non voluntate dominorum, confuſæ fuerint, vel ejuſdem generis materiæ, vel diverſa: idem juris placuit.* Instit. *ubi ſupr.* §. 27. Voyez auſſi Digest. Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. III. §. 2. & Leg. V.

tre de la choſe plus conſidérable ait la préférence. Si donc un homme ſçachant bien qu'une choſe n'eſt pas à lui, la revêt d'une nouvelle forme à deſſein de l'enlever par ce moyen au véritable Proprietaire, il n'acquiert alors aucun droit ſur cette matiere, & il n'eſt pas mieux fondé d'ailleurs à prétendre être payé de ſa peine, que ne le ſeroit un Voleur qui a percé ma Muraille; ou un Aſſaſſin, qui, voulant tuer quelqu'un, lui a ouvert un Abſcès, incurable ſans cela; ou un homme, qui, comme (5) *Autolycus*, peindroit le poil des Chevaux qu'il a volez. Et ce que je poſe ici n'eſt pas ſeulement fondé ſur quelque Loi Poſitive (e), les maximes les plus pures de la Raiſon & du Droit Naturel nous l'enſeignent clairement. Car qu'y a-t-il de plus juſte que de n'être pas aſtreint à récompenſer quelqu'un d'une méchante action qu'il a commiſe contre nous? J'accorde à Grotius, que la Nature ne détermine pas les Peines que mérite tel ou tel Crime; mais ce n'eſt pas proprement une peine, que de ne retirer aucun fruit d'une injuſtice.

(e) Voyez *Lex Wiſigoth.* Lib. X. Tit. I. Cap. VII.

Des *Alluvions* qui accroiſſent à un *Pays entier.*

§. XI. Les Juriſconſultes anciens & modernes traitent fort au long des *Alluvions*, ou de ces accroiſſemens par leſquels une Riviere, en ſe retirant ou changeant de cours, ajoûte imperceptiblement quelque choſe aux Terres voiſines. Mais la plûpart de leurs déciſions ſont plûtôt fondées ſur les Loix Poſitives de chaque Peuple, que ſur des principes invariables, tirez du Droit Naturel. C'eſt ce qui nous diſpenſera de nous étendre beaucoup ſur cette matiere.

Il y a ici deux queſtions à examiner principalement: l'une ſi l'Alluvion accroît au Païs en general? & l'autre ſi elle accroît au Fonds des Particuliers?

La premiere queſtion eſt la plus importante, parcequ'une Riviere ſervant ſouvent à régler les limites de deux Etats voiſins, cela peut donner lieu à de fréquentes conteſtations. On demande donc, *ſi lorſqu'une Riviere change ſon cours, elle change en même tems les bornes de la Juriſdiction d'un Etat? & ſi ce que la Riviere laiſſe à ſec accroît au Territoire du Peuple qui eſt de ce côté-là?* Sur quoi il faut d'abord diſtinguer les (1) *Terres limitées*, c'eſt-à-dire, environnées de limites faites par la main des Hommes; à quoi on peut joindre, par rapport à la matiere dont il s'agit, les *Terres renfermées dans un certain eſpace meſuré* par arpens, ou de quelque autre maniere; d'avec les *Terres arcifinies*, c'eſt-à-dire, environnées de bornes très-propres à empêcher les courſes des Ennemis, telles que ſont d'ordinaire les limites naturelles, comme les Rivieres, les hautes Montagnes, &c. Il faut enſuite examiner ſi les deux Peuples voiſins ont laiſſé vacante la Riviere qui les ſépare, ou s'ils ont fixé

(5) Voyez Hygin, *Fabul.* 201. & là-deſſus les Notes de Muncker.

§. XI. (1) Grotius, de qui nôtre Auteur a pris cette diſtinction, n'avoit pas lû avec aſſez de ſoin les anciens Ecrivains qui ont traité des *bornes des Terres*, & cela eſt cauſe qu'il n'a pas bien pris leur penſée. On appelloit *Terres limitées* (*Ager limitatus*), celles que l'on diſtribuoit, par ordre du Prince, enſorte que chacun avoit un certain nombre d'arpens, environné de limites: d'où vient qu'on leur donnoit auſſi le nom de *Terres diviſées & aſſignées.* On entendoit par *Terres renfermées dans une certaine étenduë meſurée* (*Ager menſurâ comprehenſus*), un eſpace de païs meſuré par arpens, que l'on donnoit à un certain nombre de gens en général, ſans aſſigner à chacun ſa portion: & c'eſt pour cela qu'on les appelloit *Ager aſſignatus per univerſitatem.* Enfin les *Terres arciſinies*, (car il faut conſerver le mot Latin, n'y ayant point de terme dans notre Langue qui y reponde) c'étoient celles qui n'étoient point meſurées (*Ager eſt arciſinius, qui nulla menſura continetur*, dit Frontin, *de Re Agraria*, Cap. I.) & dont le premier occupant s'approprioit tout autant qu'il vouloit & qu'il en pouvoit cultiver: d'où vient qu'on les nommoit auſſi *Agri occupatorii.* Ces dernieres n'avoient pas toûjours des bornes naturelles, & chacun y mettoit celles qu'il vouloit; par exemple, une Haye, une Cloiſon, un Foſſé, &c. Voilà en gros ce que dit le Sçavant Gronovius (*in Grotii* Lib. II. Cap. III. §. 16.) Juges compétens de ces ſortes de matieres. Mais quoique notre Auteur ſe ſoit trompé pour avoir ſuivi aveuglément *Grotius*, la faute n'eſt pas fort conſidérable, ſi d'ailleurs il a raiſonné juſte en ſuppoſant cette diſtinction priſe dans le ſens qu'il lui donne. On peut joindre ici mes Notes ſur le Chapitre même de Grotius, dont il s'agit, §. 16, *& ſuiv.* & ſur le Chap. VIII. §. 8, *& ſuiv.*

leurs limites reſpectives au milieu de la Riviere, enſorte que la moitié en appartienne à l'un, & l'autre moitié à l'autre; ou bien enfin ſi la Riviere toute entiere appartient à un ſeul, enſorte que ſes limites ſoient dans le bord même de l'autre Peuple. Cela poſé, je dis, que ſi les Terres de deux Peuples voiſins ſont *limitées*, ou *renfermées dans un certain eſpace meſuré*, enſorte qu'elles ſe touchent immédiatement, & qu'il ne reſte entre deux aucun eſpace vacant, le Territoire ne laiſſe pas d'être toûjours le même, quoique la Riviere ait changé de cours, puiſque toute cette étendue appartient à l'un ou à l'autre Peuple. Que ſi la Riviere a été laiſſée vacante, les Alluvions, & les Iſles qui en naiſſent ſont au premier Occupant. Il faut ſeulement remarquer, qu'il eſt naturel que celui qui ſe trouve du côté de la Riviere, auquel un morceau de terre eſt ajoûté par alluvion, ou qui eſt le plus près de l'endroit où l'on découvre une nouvelle Iſle, ſoit cenſé s'en emparer plûtôt que tout autre, comme étant le plus à portée. Si enfin la Riviere appartient entierement à l'un des Peuples voiſins, les Iſles qui s'y forment ſont à lui ſeul; & pour les Alluvions du côté oppoſé de la Riviere, il vaut mieux dire qu'elles doivent être toutes laiſſées à l'autre Peuple. Mais il eſt plus ordinaire, & en même tems plus convenable, que les Terres voiſines, qui ſont ſur le bord d'une Riviere, ſoient *arciſinies* de part & d'autre; deſorte que l'on conçoit alors les confins des deux Territoires comme placez au milieu de la Riviere. En effet, une Riviere marque très-clairement les bornes d'un Pays, & elle lui ſert en même tems de rempart. Lors donc qu'un Peuple a des *Terres arciſinies*, (ce que l'on préſume dans un doute, bien entendu que la Riviere n'ait pas accoûtumé de ſe faire tous les ans de nouveaux lits;) en ce cas-là, dis-je, à meſure que la Riviere change ſon cours, elle change auſſi les limites du Territoire & de la Juriſdiction, & tout ce qu'elle ajoûte à ſes bords accroît à celui dont les Terres ſont de ce côté-là; pourvû que le changement (2) ſe faſſe peu-à-peu, & que la Riviere ne ſe fraye pas tout d'un coup une autre route; car les accroiſſemens, les diminutions & les autres changemens des parties, qui laiſſent ſubſiſter le Tout dans ſon ancienne forme, n'empêchent pas qu'on (3) ne regarde une choſe comme la même; & d'ailleurs ces ſortes de limites naturelles ſont trop commodes, pour qu'une petite perte doive les faire changer. Mais ſi la Riviere abandonne entierement ſon ancien lit, & que le Peuple dans le Pays duquel elle a pris ſon cours ne juge pas à propos de perdre une partie de ſes Terres, pour conſerver les limites naturelles des Eaux qui lui ſervoient de rempart; les confins ſont alors cenſez être au milieu du Canal que la Riviere a quitté: car comme une pierre ne tient pas lieu de borne préciſément entant que pierre, mais entant que placée en tel ou tel endroit, de même une Riviere ne régle pas les limites de deux Etats voiſins, entant qu'elle eſt un amas d'eau formé par certaines ſources, par certains ruiſſeaux, ou par quelques autres Rivieres, & déſigné par un certain nom; mais entant qu'elle eſt une eau qui coule dans tel ou tel Canal, & environnée de tels ou tels bords (a).

(a) Voyez ſur tout ceci *Grotius*, Liv. II. Chap. III. §. 16, 17. *ibique Boecler* & *Ziegler*.

Des Alluvions qui accroiſſent aux *Terres des Particuliers*.

§. XII. A L'ÉGARD des *Terres des Particuliers*, il faut, à mon avis, diſtinguer avant toutes choſes, ſi la Riviere qui confine au Champ d'un Particulier ſépare les

(2) C'eſt ce que les Juriſconſultes Romains ſuppoſent auſſi. *Eſt autem alluvio*, diſent-ils; *incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non poſſit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur.* INSTIT. *Lib.* II. *Cap.* I. §. 20. Voyez auſſi DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rerum. domin.* Leg. VII. §. 1.

(3) *Quapropter cujus rei ſpecies eadem conſiſteret, rem quoque eamdem eſſe exiſtimari.* DIGEST. Lib. V. Tit. I. *De Judiciis*, &c. Leg. LXXVI. Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. IX. §. 3.

Territoires de deux Etats, ou ſi elle coule uniquement dans l'enceinte des Terres du Pays; & enſuite ſi la Riviere appartient au Public, ou ſi elle eſt à quelque Particulier. Lorſque la Riviere ſépare les Territoires de deux Etats voiſins, il dépend abſolument du Souverain d'abandonner aux Particuliers ces morceaux de terre que l'eau laiſſe à ſec, ou de les reſerver au Public; car (1) les Peuples ſe ſont le plus ſouvent emparez en général d'une certaine étendue de Pays, dont ils aſſignoient enſuite en propre à chaque Particulier une portion déterminée, & meſurée pour l'ordinaire. Comme donc ce qui n'avoit été aſſigné à aucun Particulier demeuroit au Public, ou à l'Etat, de même, ce qui venoit à être ajoûté aux Terres des Partticuliers devoit être cenſé accroître au Public. Cependant, parceque le débordement des Rivieres cauſe ſouvent beaucoup de dommage aux Champs voiſins, & que d'ailleurs les Alluvions ſe faiſant inſenſiblement ne paroiſſent pas être d'un revenu conſidérable pour le Public; on a jugé à propos, dans pluſieurs Etats, de les laiſſer aux Proprietaires des Terres joignantes: ce qui eſt d'autant plus juſte, que pour l'ordinaire il ſont obligez d'entretenir à leurs dépens les bords de la Riviere voiſine. On préſume même que ce droit à lieu par rapport aux Terres aſſignées à un Particulier en gros & ſans en limiter préciſément l'étendue, quoique peut-être en les donnant on ait fait mention de quelque meſure (a); & à plus forte raiſon, lorſqu'en marquant les bornes d'une Terre, on a parlé ſimplement de la Riviere. Mais ſi l'Alluvion eſt conſidérable, enſorte qu'elle ſurpaſſe de beaucoup l'étendue ordinaire du Fonds d'un ſimple Particulier; en ce cas-là il faut la regarder comme appartenante au Public. Pour les Iſles qui naiſſent dans une Riviere, les Particuliers ne peuvent ſe les approprier ſans une permiſſion expreſſe de l'Etat; parcequ'étant ſéparées du Fonds, elles ne ſauroient en aucune maniere être regardées comme en faiſant partie, ou comme un accroiſſement qui lui ſurvient. Et cela ſeul qu'elles ſont près d'un certain Fonds, n'autoriſe pas plus le maître de ce Fonds à ſe les approprier, que le voiſinage d'une Rue ou d'une Place publique ne donne droit à un Habitant de s'approprier l'endroit de la Rue ou de la Place qui touche immédiatement ſa Maiſon.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XIX. Tit. I. *De actionib. empti & vend.* Leg. XIII. §. 14.

Que ſi les deux bords de la Riviere ſont occupez par des Sujets d'un même Etat; comme en ce cas-là l'Eau ne ſauroit rien ajoûter aux Terres des uns, ſans l'ôter à celles des autres; il eſt juſte certainement que celui dont le Fonds a été inondé ou en tout ou en partie, s'en dédommage en s'appropriant l'Alluvion. C'eſt auſſi avec raiſon qu'il eſt établi par le Droit Romain, que *ſi l'Eau, ayant emporté un morceau de terre d'un Champ, (2) l'ajoûte au Champ voiſin; ce morceau de terre appartient*

§. XII. (1) Il y a lieu de croire au contraire, comme le remarque Mr. HERTIUS, que le plus ſouvent ceux qui ſe joignoient enſemble pour former des Societez Civiles, avoient déja des Terres dont ils s'étoient emparez chacun en particulier. Il allegue là-deſſus un paſſage de CICERON, *de Offic.* Lib. II. Cap. XXI. que l'on trouvera cité ci-deſſous, Liv. VIII. Ch. V. §. *Note* 1. mais qui ne prouve pas cela préciſement; car ceux qui alloient enſemble chercher quelque Païs vacant, pour s'y établir & bâtir des Villes, penſoient ſans doute autant à s'aſſurer la jouïſſance paiſible des Terres qui leur ſeroient aſſignées, que ceux qui en poſſedant déja par Droit de premier occupant, s'uniſſoient avec pluſieurs autres Familles pour former un Corps d'Etat. Il ne s'enſuit pourtant pas de là, comme le prétend Mr. HERTIUS, que le Droit que peut avoir un Citoyen de s'approprier comme premier occupant les choſes ſans maître qui ſe trouvent dans l'enceinte des Terres de l'Etat, ne dépende point de la volonté ou expreſſe ou tacite du Souverain. De quelque maniere que l'Etat ſe forme, le Païs entier appartient à tout le Corps; c'eſt une ſuite des Loix de la confédération, qui s'étend même juſqu'à donner au Peuple, ou à ceux qui le repréſentent, le droit de diſpoſer en diverſes manieres des biens de chaque Particulier, autant que le demande le Bien Public. Voyez Liv. VIII. Chap. V. Cela eſt d'autant plus vrai aujourd'hui, que les Souverains ſe ſont depuis long-tems attribué ce droit, avec le conſentement des Peuples.

(2) *Quod ſi vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit: palam eſt eam tuam permanere. Plane ſi longiore tempore fundo vicini tui hæſerit, arboreſque, quas ſecum traxit, in eum fundum radices egerint: ex eo tempore videntur vicini fundo adqui-*

*toûjours au maître du Champ d'où il a été détaché* (3) *; à moins qu'il ne reſte trop long-temps dans l'autre Fonds, & que les Arbres qu'il a entraînez n'y ayent pris racine ; car en ce cas-là il eſt acquis au Proprietaire du Fonds où il demeure attaché.* D'où il paroit, que ſi l'ancien maître de ce morceau de terre vouloit le conſerver, il falloit qu'il le fît remettre dans ſa premiere place avant qu'il ſe fût comme incorporé avec la terre du Champ voiſin. Mais lorſqu'on ne ſçait ni ce qui a été emporté d'une Terre, ni de combien elle eſt diminuée; le maître de cette Terre ne ſauroit ſe dédommager ſur l'Alluvion, laquelle en ce cas-là demeure au Peuple à qui appartient la Riviere, & non pas au Proprietaire du Champ voiſin. Car la Raiſon veut que dans une Riviere qui n'eſt à aucun Particulier, on regarde comme appartenant au Public, non ſeulement les Eaux & tout ce qu'elles contiennent, mais encore le lit & les bords, avec leurs accroiſſemens. Et il eſt ridicule de dire, qu'à la verité, tant qu'une Eau publique coule dans ce lit, il paſſe auſſi pour public ; mais que néanmoins le Canal en lui-même fait partie des Fonds voiſins; deſorte que l'Eau ayant pris un autre cours, il retourne à ſon premier état. Beau raiſonnement ! comme ſi la Riviere avoit une *ſervitude* ou un droit de paſſage ſur les Terres qui ſe rencontrent en ſon chemin ! Que ſi la Riviere change de lit ou entierement ou en partie, il eſt juſte de donner le Canal qu'elle vient d'abandonner, à celui dans les Terres de qui elle s'eſt creuſée une autre route; & ſi elle ſe retire enſuite de ce nouveau lit, il doit retourner à ſon ancien maître, ſans que ceux qui ont des Terres près du Canal qu'elle quitte, puiſſent y rien prétendre comme les plus proches. Mais de quelque maniere qu'on diſpoſe des Alluvions, ou du Canal qu'une Riviere laiſſe à ſec, il faut ſans contredit diminuer les charges impoſées ſur les Terres voiſines, à proportion de ce que l'Eau en a emporté; & c'eſt ſurquoi les (b) *Egyptiens* avoient autrefois une Loi expreſſe. Il n'eſt pas moins juſte, qu'une Terre qui a été inondée retourne à ſon ancien maître, (4) lorſque l'Eau vient à ſe retirer, ſoit tout d'un coup, ſoit peu-à-peu, ou qu'il a deſſéché lui-même ſon Champ. De ſçavoir maintenant à qui appartiennent ces Eaux débordées, c'eſt ſurquoi il faut, à mon avis, conſidérer ſi le Fonds inondé a pris la forme d'un Lac ou d'un Marais; ou bien s'il fait partie du Canal d'une Riviere publique. Dans le premier cas, le Lac & le Marais appartiennent à perpetuité au maître du Fonds inondé. Dans l'autre, l'Eau de la Riviere (5) qui couvre le Fonds inondé, appartient au maître de ce Fonds, juſques à ce qu'il ne penſe plus à le deſſécher.

(b) *Herodot.* Lib. II. Cap. 109.

A l'égard des Rivieres qui appartiennent à un Particulier, & qui par leur cours,

*ſita eſſe.* [ Il faut lire, *videtur .... adquiſita*, comme porte le MS. de *Florence.* Voyez VINNIUS ſur cet endroit. ] INSTIT. *Lib.* II. Cap. I. §. 21. & DIGEST. Lib. XLI. Leg. VII. §. 2. Lib. XXXIX. Tit. II. *De damno infecto*, &c. Leg. IX. §. 2. Mais dans la ſuite, comme ſur toute cette matiere nôtre Auteur ſuit avec raiſon des principes différens de ceux des Juriſconſultes Romains, comme il ſeroit aiſé de le faire voir ſi c'en étoit ici le lieu.

(3) Cela avoit lieu à plus forte raiſon, ajoûtoit ici nôtre Auteur, à l'égard de ces Terres que l'on mettoit autrefois ſur des clayes de Roſeau dans les Marais de l'*Euphrate*, & que l'on ramenoit à coups d'aviron dans leur premiere place, lorſque l'Eau les avoit emportées. Voyez STRABON, Geograph. Lib. XVI. page 767. *Edit. Pariſ.* ( 1112. *Edit. Amſt.* )

(4) Comme les Alluvions arrivent le plus ſouvent par la négligence des Proprietaires qui n'ont pas aſſez de ſoin d'entretenir les bords de la Riviere voiſine de leurs Poſſeſſions ; le Droit Romain ne rend les Terres inondées à leur ancien maître, que quand elles n'ont pas changé de forme ; c'eſt-à dire, lorſqu'elles ont été ſeulement couvertes d'eau pendant quelque-tems, ſans qu'il s'y ſoit formé un véritable Canal. C'eſt ce que Mr. NOODT prouve contre l'opinion commune des Juriſconſultes, dans ſes *Probabilia Juris*, Lib. I. Cap. I.

(5) C'eſt ainſi que j'ai été obligé de mettre, pour ſuivre les idées de l'Auteur, qui ſans y penſer rapportoit ceci au Lac & au Marais, leſquels pourtant, ſelon lui, n'ont lieu que dans le premier cas.

ôtent en un endroit à ſes Terres, ce qu'elles y ajoûtent en d'autres; il n'y a point de difficulté. Mais on demande, ſi lorſque la Riviere de tel ou tel Particulier ſe fait un nouveau lit dans les Terres d'autrui, cette partie de l'Eau qui les couvre appartient à ſon ancien maître, ou bien aux Proprietaires des Terres inondées? Je répons, que c'eſt aux derniers; mais que l'autre conſerve le droit de détourner la Riviere dans ſon premier Canal. Que s'il ne veut pas le faire, il ne peut alors ni demander un dédommagement de la partie de ſa Riviere qu'il a perdue, ni prétendre même la poſſeder en commun avec ceux dont elle couvre les Terres. Car les choſes qui n'appartiennent à quelqu'un que parcequ'elles ſont renfermées dans l'eſpace de ſon Fonds, & qui par conſéquent ne paſſent que pour un acceſſoire de cet eſpace; (6) ces ſortes de choſes, dis-je, du moment qu'elles en ſont ſorties, ceſſent d'être à lui, s'il ne les y remet, & deviennent deſormais un accroiſſement naturel de l'eſpace où elles ont été tranſportées. Au reſte, il peut y avoir ſurtout ceci divers réglemens des Loix Civiles (7).

---

## CHAPITRE VIII.

### *Du* DROIT *que l'on peut avoir* SUR LE BIEN D'AUTRUI.

*On peut avoir quelque droit ſur le bien d'autrui en differentes manieres.*

§. I. Il est certain que la Proprieté donne droit au Maître d'une choſe d'en diſpoſer lui ſeul à ſon gré, & impoſe en même tems à tous les autres l'Obligation de s'abſtenir de ce bien qui ne leur appartient point. Cependant, comme le but de cet établiſſement n'a point été d'abolir toute communication de biens, on ſe trouve non ſeulement obligé, par la Loi de l'Humanité, de donner ſouvent aux autres quelque choſe du ſien, ou de leur en accorder l'uſage; mais encore ils acquiérent quelquefois, (1) ou par des Conventions, ou par quelque autre voye, un droit plus ou moins grand, de tirer certain profit, certaine utilité, ou certaine commodité, d'une choſe qui eſt à nous, ou d'empêcher même qu'on n'en diſpoſe abſolument à tous égards. Cela a lieu en pluſieurs manieres, dont les Interprêtes du Droit Romain traitent fort au long, (a) & que nous nous contenterons de parcourir ici en peut de mots.

(a) Voyez auſſi *Selden. de Jur. Nat. & Gent.* Lib. VI. Cap. II.

*Combien il y en a de principales ſortes?*

§. II. Quelques-uns réduiſent tous les DROITS QUE L'ON PEUT AVOIR SUR LE BIEN D'AUTRUI, à cinq principales ſortes; ſçavoir, le *droit d'Emphytéoſe*; le *droit de Place*; le *droit d'un Poſſeſſeur de bonne foi*; le *droit de Gage* ou d'*Hhypothéque*; & les *droits de Servitudes* (1).

*De l'Emphytéoſe.*

§. III. L'Emphytéose (1) eſt un droit que l'on donne à quelqu'un de jouïr plei-

(6) Voyez la *Juriſprudence Divine* de Mr. Thomasius, Lib. II. Cap. X. §. 151, *& ſeqq.*

(7) Voyez Instit. Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſ.* §. 22. *& ſeqq.* & *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. I. *Leg.* VII. VII. §. 3, 4, 5, 6. *Leg* XII. & XVI. *Lib.* XLIII. *Tit.* XII. XIII. XIV. comme auſſi Aggenus Urbicus, Comment. *in Frontin. de limitibus agrorum*, page 73. & 148, 149, 150. *Edit. Pariſ. Rigalt.* (page 56, 57. *Edit. Amſtel. Goës.*) & Grotius, Liv. II. Chap. VIII. §. 8. *& ſeqq.* avec le Comment. de Ziegler, & Hieron. Magius, *Miſcell.* Lib. IV. Cap. II. Preſque toutes ces citations ſont de l'Auteur.

Ch. VIII. §. I. (1) J'ai ajoûté ici quelques mots qui m'ont paru néceſſaires, & je n'ai fait que ſuivre l'Auteur même, qui s'exprime ainſi plus diſtinctement dans ſon Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. XII. §. 8.

§. II. (1) On pouvoit ajoûter le *droit de Fief*, dont nous dirons quelque choſe dans la derniere Note ſur ce Chapitre. Je vois préſentement que Mr. Hertius a auſſi remarqué cette omiſſion manifeſte.

§. III. (1) Ce mot vient du Grec ἐμφυτεύειν, qui ſignige *enter*, *planter*. Comme les maîtres des Terres infertiles ne pouvoient aiſément trouver des Fermiers, on s'aviſa de donner à perpetuité ces ſortes d'héritages, pour les cultiver, pour y planter, ou pour les améliorer de quelque autre maniere. Par cette Convention, le Proprietaire du Fonds s'aſſuroit un revenu certain &

nement d'un Immeuble qui nous appartient, & avec pouvoir, ſinon toûjours de l'aliéner ſans reſerve & de ſa pure volonté, du moins d'en diſpoſer d'ailleurs comme il le juge à propos, moyennant une certaine rente qu'il doit nous payer, en reconnoiſſance du droit principal de Proprieté que l'on conſerve ſur ce bien. La Convention par laquelle on établit immédiatement un tel droit, n'eſt ni une Vente, ni un Loüage : car le Maître de la choſe n'en transfere pas la Proprieté pleine & entiere à l'Emphytéote, & cependant celui-ci acquiert plus qu'il ne feroit s'il prenoit à loüage le bien de l'autre, outre que la rente d'un Bail Emphytéotique eſt ordinairement beaucoup moindre que celle d'un ſimple loüage. Au reſte, pour ce qui regarde le renouvellement du Bail Emphytéotique, le payement de la rente, l'aliénation du bien, & le tems que ce Bail doit ſubſiſter; on trouvera dans les Interprêtes du Droit Romain ce qu'il faut obſerver là-deſſus ou par les Loix generales, ou en vertu des Conventions particulieres.

Du *droit de Place.*

§. IV. L'EMPHYTÉOTE a le (1) *Domaine utile* du Fonds. Mais il n'en eſt pas de même de celui qui acquiert, moyennant une ſomme ou une certaine rente, un DROIT (2) DE PLACE, c'eſt-à-dire, la faculté de bâtir dans un Fonds d'autrui. Car il peut bien diſpoſer en maître de ſon Bâtiment, & l'aliéner même, s'il veut : mais il n'a pas le même pouvoir à l'égard du Fonds. Bien-plus, ſi le Bâtiment vient à tomber, ou à être brûlé, ou à périr de quelque autre maniere, ce *droit de Place* (3) s'éteint, enſorte que le Maître du Fonds peut déſormais diſpoſer de la place comme il le juge à propos. Au reſte, la raiſon qui obligea à introduire un tel droit, ce fut que quelques-uns voulant recevoir des Etrangers dans leur Pays, ſans diminuer rien de l'étendue de leurs Terres, donnerent à ces nouveaux Habitans la place ſeule, moyennant une petite rente annuelle en forme de redevance, ſe reſervant à eux-mêmes le fonds; comme firent les *Africains* à l'égard de (a) *Didon* qui bâtit *Carthage.*

(a) *Juſtin.* Lib. XVIII. Cap. V. num. 14. *Edit. Græv.*

§. V. UN

perpétuel : & l'Emphytéote, d'autre côté, mettoit à profit ſon travail & ſon induſtrie, en recueillant, moyennant une petite rente, les fruits d'un bien d'autrui qu'il avoit rendu fécond par ſes ſoins. Dans la ſuite on donna auſſi à emphytéoſe non ſeulement les Terres fertiles & qui étoient en bon état, mais encore les Fonds qui de leur nature ne produiſent aucun fruit, quoiqu'ils ſoient d'ailleurs de quelque revenu, comme les Maiſons & autres Bâtimens. Voyez INSTITUT. Lib. III. Tit. XXV. *De Locatione & Conductione*, §. 3. DIGEST. Lib. VI. Tit. III. *Si ager vectigalis, id eſt Emphyteuticarius, petatur.* COD. Lib. IV. Tit. LXVI. *De Jure Emphyteutico*; & DAUMAT, *Loix Civiles réduites dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. I. Tit. IV. Sect. X. Mr. TITIUS, *Obſerv. in Lauterbach.* CCIX. prétend, qu'il n'eſt pas néceſſaire de faire une eſpece particuliere du Contract d'*Emphytéoſe.* Car, dit-il, lorſque l'on transfére à autrui la proprieté d'une choſe ou en tout ou en partie, ſi on le fait gratuïtement, c'eſt une *Donation* : ſi on exige un certain prix, c'eſt une *Vente*; quoiqu'il y ait d'ailleurs quelques conditions particulieres, telles que ſont ici celles qui concernent la rente annuelle. Voyez encore le *Jus Privatum Romano-Germanicum* du même Auteur, *Lib.* III. *Cap.* XI. §. 5. *& ſeqq.* où il traite auſſi du *droit de Place.*

§. IV. (1) Voyez ci-deſſus, Chap. IV. §. 2.

(2) Ce tour m'a paru aſſez propre pour exprimer le Latin, *Jus ſuperficiei*; car *Droit de Surface* n'auroit pas été entendu, & le droit dont il s'agit eſt un droit de *placer* quelque choſe ſur la ſurface d'un Fonds qui appartient à autrui. Je vois même préſentement qu'en Allemand on l'exprime quelquefois de la même maniere; comme le remarque Mr. HERTIUS dans une Diſſertation entiere qu'il a faite ſur cette matiere, & que l'on trouvera parmi celles du III. Tome de ſes *Commentationes & Opuſcula*, &c. Elle eſt intitulée, *De Jure Superficiario.* Celui qui avoit ce droit s'appelloit *Superficiarius. Superficiario*, diſent les Juriſconſultes Romains, *id eſt, qui in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, ut certam penſionem præſtet.* DIGEST. Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicatione*, Legg. LXXIV. LXXV. Les Bâtimens qu'on poſſédoit de cette maniere, ſont nommez *bona ſuperficiaria*; DIGEST. *Lib.* L. *Tit.* XVI. *De Verborum ſignificatione*, Leg. XLIX. Et la rente qu'on payoit, *Solarium.* VECTIGAL *enim hoc ſic appellatur*, *Solarium, ex eo quod pro Solo pendatur.* DIGEST. Lib. XLIII. Tit. VIII. *Ne quid in loco publico, vel itinere fiat*, Leg. II. §. 17. Voyez un Titre entier du *Digeſte*, ſur cette matiere. *Lib.* XLIII. *Tit.* XVIII. *De ſuperficiebus.*

(3) Il y en a d'autres qui ne ſont pas de ce ſentiment; parceque, diſent-ils, cette partie de la Proprieté que le Maitre du Fonds a tranſportée a celui qui a *droit de Place* (*Superficiario*), tombe en quelque maniere ſur le Fonds même. Voyez un Livre imprimé à *Wittemberg*, en 1704. intitulé, BALTHASARIS WERNHERI, *Juris Profeſſ. Publici, &c. Elementa Juris Nat. & Genr.* &c. Cap. XIV. §. 37. Mr. HERTIUS prend le même parti. Il dit, qu'à moins que les Parties n'en

ſoient

Du droit d'un *Poſſeſſeur de bonne foi.*

§. V. Un Possesseur (1) de bonne foi, c'eſt celui qui de bonne foi a reçu d'un autre, en vertu d'un titre légitime & capable d'ailleurs de transférer la Proprieté, une choſe qui appartient à un tiers. Il y a ceci de commun entre un tel droit, & le droit du véritable Proprietaire, que le Poſſeſſeur de bonne foi s'approprie légitimement tous les fruits (2) du bien d'autrui dont il eſt en poſſeſſion le croyant ſien; qu'il diſpoſe de ce bien à ſa fantaiſie; qu'il en maintient la poſſeſſion contre tout autre que le véritable Maître, & que les Loix doivent la lui aſſurer; enſorte même qu'au bout d'un certain tems il acquiert par cette poſſeſſion un droit de Proprieté irrévocable, & qui exclut entierement celui de l'ancien Maître, comme nous le verrons ailleurs (a) plus au long. Ce droit a été établi pour la ſureté du Commerce de la Vie, & pour le repos des Citoyens qui font de nouvelles acquiſitions; car à quels inconvéniens ne ſeroit-on pas expoſé tous les jours, ſi lorſqu'on a acquis de bonne foi & à juſte titre une choſe qui ſe trouve appartenir à autrui, on pouvoit être impunément troublé dans ſa poſſeſſion par le premier qui voudroit nous conteſter notre droit; ou ſi même lorſque le véritable Proprietaire redemande ſon bien, on devoit reſtituer les fruits que l'on a conſumez; ou bien enfin ſi l'on avoit toûjours à craindre d'être dépoſſedé de ce que l'on a acquis? Par la même raiſon chacun doit être maintenu dans une poſſeſſion acquiſe de bonne foi (3) juſques à ce que celui qui le trouble ait prouvé clairement ſon droit: c'eſt une regle des Loix Civiles, qui a ſon fondement dans les principes de la Loi Naturelle; car à combien d'inquietudes & de chagrins ne ſe verroit-on pas tous les jours en butte, ſi à la premiere demande de quiconque prétendroit qu'une choſe que l'on poſſede lui appartient, on étoit obligé de s'en deſſaiſir, & de le pourſuivre enſuite pour la recouvrer (b).

(a) Chap. XII.

(b) Voyez les Interprêtes ſur *Digeſt.* Lib. VI. Tit. II. *De Publiciana in rem actione.*

On traitera (c) ailleurs du *droit de Gage* ou d'*Hypothéque.*

(c) Liv. V. Chap. X. §. 13. *& ſuiv.*

Ce que c'eſt que les *Servitudes*; & de combien de ſortes il y en a?

§. VI. Les *Servitudes*, conſidérées par rapport à celui à qui elles ſont dûës, conſiſtent dans le droit qu'il a de tirer certain profit, certaine utilité, ou certaine commodité d'une choſe qui appartient à autrui; ou d'empêcher même que le maître de cette choſe n'en diſpoſe abſolument à tous égards. Par conſéquent les *Servitudes*, conſidérées par rapport à celui qui les doit, conſiſtent dans l'obligation où l'on eſt de permettre qu'un autre retire de nôtre bien un certain avantage (1); ou de s'abſtenir, en ſa faveur, de diſpoſer d'une certaine maniere de ce qui nous appartient.

ſoient convenuës autrement, ou qu'il n'y ait là-deſſus un réglement des Loix Civiles, il y a tout lieu de croire qu'on n'a pas prétendu que le Droit de Place finit avec le premier Bâtiment. Les Servitudes réelles, ajoûte-t-il, n'ont pas d'ailleurs un auſſi grand effet que ce droit de Place, & cependant elles ſe renouvellent, lorſque le Bâtiment auquel elles étoient attachées vient à être relevé. Digest. Lib. VIII. Tit. II. *De ſervit. prædiorum urbanorum*, Leg. XX. §. 2. Voyez ſur cette Loi, Mr. Noodt, *De uſufr.* Lib. II. Cap. 11. La verité eſt, que tout dépend ici de ſçavoir ſur quel pié la Convention a été faite, ou ce que les Loix de chaque Païs déterminent là-deſſus.

§. V. (1) *Vel etiam poteſt dividi poſſeſſionis genus in duas ſpecies, ut poſſideatur, aut bona fide, aut non bona fide.* Digest. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſione*, Leg. III. §. 22.

(2) *Bona fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re, ſuos interim facit, non tantùm eos, qui diligentia & opera ejus pervenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini penè eſt.* Digest. Lib. XLI. Tit. I. *De adquirendo rerum dominio*, Leg. XLVIII. *princip.* Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. II. Cap. VII. & ce que l'on dira ci-deſſous, Chap. XIII. §. 8.

(3) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. VI. §. 6. *Note* 4, 5. & Liv. IV. Chap. XII. §. 9. & Liv. V. Chap. XIII. §. 6. comme auſſi *les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par Daumat, I. Part. Liv. III. Tit. VI. Sect. IV. §. 1.

§. VI. (1) Les Juriſconſultes Romains diſent, que la nature des Servitudes ne conſiſte pas à faire quelque choſe en faveur d'un autre; mais à ſouffrir, ou à ne pas faire certaines choſes. *Servitutum non ea natura eſt, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amœniorem proſpectum præſtet, aut in hoc ut in ſuo pingat: ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* Digest. Lib. VIII. Tit. I. *De ſervitutibus*, Leg. XV. §. 1.

On diſtingue les SERVITUDES, (2) ſelon qu'elles ſont dûës ou aux Perſonnes, ou aux Choſes, en *Perſonnelles* & *Réelles*. Ce n'eſt pas qu'au fond toute l'utilité qui revient de ces ſortes d'aſſujettiſſemens, ne ſe termine aux Perſonnes : mais les *Servitudes* que l'on appelle *Réelles*, ne donnent droit à une Perſonne, que parcequ'elle poſſede un certain Fonds de terre. (a) D'autres diſent, pour expliquer cette diviſion, que les *Servitudes Perſonnelles* ſont celles en vertu de quoi on retire quelque utilité immédiatement d'un bien d'autrui; & les *Servitudes Réelles*, celles par leſquelles on retire quelque utilité du bien d'autrui médiatement, ou à la faveur d'un certain Fonds.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. I. Chap. I. §. 4. & *Dig.* Lib. VIII. Tit. II. *De ſervitut. prædior. urban.* Leg. XXXII. *in fin.*

De l'*Uſufruit*.

§. VII. ON compte ordinairement quatre ſortes de *Servitudes Perſonnelles*; ſçavoir, l'*Uſufruit*, l'*Uſage*, l'*Habitation*, & le *Service des Eſclaves*.

L'USUFRUIT (1) eſt le droit de jouïr du bien d'autrui, ſans diſpoſer du fonds même; c'eſt-à-dire, le droit de tirer du bien d'autrui tout le profit qui en peut revenir ſans toucher au fonds; car quoique naturellement quiconque eſt maître d'une choſe ſoit auſſi maître des fruits ou des revenus qui en proviennent, rien n'empêche que ces deux droits ne ſe trouvent ſéparez, enſorte qu'une perſonne ait la Proprieté, & l'autre, les émolumens. Ce dernier droit s'établit ou *par les Loix Civiles*, comme quand elles donnent à un Pere l'Uſufruit des biens adventifs (2) de ſes Enfans non-émancipez, ce qui d'ailleurs eſt très-conforme à la Loi Naturelle; ou par la ſentence d'un Juge, lorſqu'il n'y a pas d'autre expédient (3) plus commode pour partager une choſe qui appartient en commun à deux ou pluſieurs perſonnes; ou enfin par quelque acte des Particuliers, comme par (4) Teſtament, ou par une (5) Convention.

Or il eſt clair, que l'Uſufruit n'a lieu proprement qu'en matiere de choſes (6) qui

(2) *Servitutes aut perſonarum ſunt, ut uſus, & uſusfructus: aut rerum, ut ſervitutes ruſticorum prædiorum, & urbanorum.* DIGEST. *ibid.* Leg. I.

§. VII. (1) *Uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi, ſalvâ rerum ſubſtantiâ.* DIGEST. Lib. VII. Tit. I. *De Uſufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur*, Leg. I. & INSTIT. Lib. II. Tit. IV. *princip.* Il faut remarquer que l'Uſufruit, & les autres ſortes de *Servitudes*, ſont des droits dont ont jouït gratuitement. Car ſi l'on payoit une rente annuelle, ce ſeroit une eſpece de Contract de Louage. On peut voir ſur toute cette matiere, le beau Traité de Mr. NOODT, *De Uſufructu*, au premier Tome de ſes Oeuvres.

(2) Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, Liv. VI. Chap. II. §. 8.

(3) *Conſtituitur adhuc Uſusfructus & in judicio familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, ſi Judex alii proprietatem adjudicaverit, alii uſumfructum.* DIGEST. Lib. VII. Tit. I. *De Uſufructu*, &c. Leg. VI. §. 1.

(4) *Uſusfructus pluribus modis conſtituitur: ut ecce ſi legatus fuerit. Sed & proprietas deducto uſufructu legari poteſt, ut apud heredem maneat uſusfructus.* Ibid. *princip.* *Item alii uſumfructum, alii deducto eo fundum legare poteſt.* INSTIT. Lib II. Tit. I. §. 1. Comme un Teſtateur peut léguer la Proprieté, & laiſſer l'Uſufruit ou à l'Uſufruitier, ou à l'Héritier, ou à un autre Légataire: de même, on fait reſerve d'uſufruit dans une conſtitution de Dot, dans une Donation entre-vifs, dans une Vente, dans un Echange, dans une Tranſaction, & autres affaires de cette nature. *Quiſquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo, uſumfructum ejus retinuerit*, &c. COD. Lib. VIII. Tit. LIV. *De donationibus*, Leg. XXVIII. Voyez ſur toute cette matiere, *les Loix Civiles dans leur ordre naturel* par DAUMAT, I. Part. Liv. I. Tit. XI.

(5) *Et ſine teſtamento autem ſi quis velit uſumfructum conſtituere, pactionibus, & ſtipulationibus id efficere poteſt.* DIGEST. Lib. VII. Tit. I. Leg. III. *princip.*

(6) Comme une *Maiſon*, une *Terre*, un *Eſclave*, une *Bête*, &c. Mais le *Vin*, par exemple l'*Huile*, le *Blé*, l'*Argent Monnoyé*, &c. ne ſont point ſuſceptibles d'Uſufruit. *Conſtituitur autem uſusfructus non tantùm in fundo & ædibus, verùm etiam in ſervis, & jumentis, & ceteris rebus: exceptis iis quæ ipſo uſu conſumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt uſumfructum: quo in numero ſunt vinum, oleum, frumentum, veſtimenta: quibus proxima eſt pecunia numerata: namque ipſo uſu aſſidua permutatione quodammodo exſtinguitur.* INSTITUT. *Lib.* II. *Tit.* IV. §. 2. TRIBONIEN joint ici mal-à-propos les *Habits*, comme l'a remarqué CUJAS; car ils ne ſe conſument pas d'abord par l'uſage même. Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. NOODT, Lib. II. Cap. IV. & ſon Traité *De Uſufructu*, Lib. I. Cap. 21. comme auſſi la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *de Pretio affect.* Cap. I. §. 18. Les Medailles & les pieces de Monnoye qui n'ont plus de cours, mais que l'on recherche pour leur antiquité, peuvent auſſi être données à uſufruit; comme il paroît par la Loi ſuivante que Mr. NOODT explique auſſi ſçavamment, à ſon ordinaire, dans ſes *Obſervations*, Lib. I. Cap. V. *Numiſmatum aureorum vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis uti ſolent, uſusfructus legari poteſt.* DIGEST. Lib. VIII. Tit. I. Leg. XXVIII. Il faut dire la même choſe des *Tableaux* & des *Statuës*. *Statuæ & imaginis uſumfructum poſſe relinqui, magis eſt: quia & ipſa habent aliquam utilitatem, ſi quo loco opportuno ponantur.* Ibid. *Leg.* XLI. Les Anciens Juriſconſultes n'étoient pas d'accord ſur la queſtion, ſi l'on peut avoir l'Uſufruit d'une choſe incorporelle, ou d'un ſimple droit, comme de la permiſſion de paſſer ſur le

étant de quelque utilité, du moins pour l'ornement ou pour le plaiſir, ne ſe conſument point par l'uſage même; & non pas en matiere de choſes qui ne ſervent que par leur conſomption : car, quand on a droit de conſumer une choſe, ſi l'on veut, on eſt cenſé maître du fonds même, & par conſéquent ce n'eſt plus Uſufruit, c'eſt Proprieté. Cependant, ſelon les Loix Romaines, on peut leguer par Teſtament une (7) eſpece d'Uſufruit d'une certaine ſomme d'Argent, ou d'autres choſes de cette nature, qui ſont ſuſceptibles d'équivalent. Et en ce cas-là le Légataire acquiert véritablement la Proprieté de la ſomme ou de la choſe léguée, mais à la charge de s'engager ſous caution, envers l'Héritier, à rendre une pareille ſomme d'Argent, ou une autre choſe de même qualité, lorſque l'Uſufruit finira : deſorte que, par rapport au Proprietaire, cette ſureté que donne l'Uſufruitier eſt comme le fonds des choſes léguées à Uſufruit.

L'Uſufruitier a la jouïſſance pleine & entiere de tous les émolumens & de tous les fruits (8) tant naturels que civils. Les Loix Romaines exceptent (9) pourtant les Enfans d'une femme Eſclave; dont la raiſon eſt, à mon avis, que l'Uſufruit des Eſclaves avoit été établi en vûë du profit que l'on retire de leur travail, & non pas pour celui qui revient des Enfans qu'ils peuvent mettre au monde. Les *Fruits Naturels* commencent à appartenir à l'Uſufruitier, dès le moment (10) qu'il les recueille, c'eſt-à-dire, qu'il les ſépare du Fonds, & qu'il s'en ſaiſit. D'où il s'enſuit, que ſi l'Uſufruitier meurt avant la recolte, les Fruits qui reſtent attachez au Fonds ou à ſes dépendances, reviennent au Proprietaire, enſorte que l'Héritier de l'autre n'y peut rien prétendre. Mais ſi l'Uſufruitier a employé ſes (11) ſoins & ſon induſtrie à cultiver les

Fonds d'autrui, ou d'y conduire des Eaux, &c. Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. NOODT, Lib. II. Cap. III. & ſon Traité *De Uſufr.* Lib. I. Cap. 22. Pour moi, s'il me ſemble qu'à conſiderer la choſe en elle-même, & indépendamment des ſubtilitez de la Juriſprudence Romaine, il n'y a point de difficulté, & qu'il faut ſans balancer ſe ranger à l'affirmative; car ces ſortes de droits ſont ſuſceptibles d'eſtimation, & ils ne périſſent point par l'uſage même. Et il n'eſt pas néceſſaire que le fonds de l'Uſufruit ſoit une choſe ſenſible & réellement exiſtante hors de nôtre Eſprit; il ſuffit que ce ſoit une choſe qui appartienne à quelqu'un, & dont on puiſſe retirer quelque avantage, ſans quelle ceſſe de ſubſiſter comme auparavant : de même que les Dettes actives ſont partie du patrimoine de chacun.

(7) *Quaſi uſusfructus.* C'eſt l'expreſſion du Droit Romain. *Sed utilitatis cauſſa Senatus cenſuit, poſſe etiam earum rerum uſumfructum conſtitui : ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque ſi pecuniæ uſusfructus legatus ſit : ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius ſatiſdet heredi de tanta pecunia reſtituenda ſi morietur, aut capite minuetur. Cetera quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant : ſed æſtimatis his, ſatiſdatur, ut.... tanta pecunia reſtituatur, quanti hæ fuerint æſtimata. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum uſumfructum (nec enim poterat) ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.* INSTIT. *Lib.* II. Tit. IV. §. 2. Voyez le Titre du DIGESTE, qui traite *De uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur, vel minuuntur*, Lib. VII. Tit. V.

(8) *Uſufructu legato, omnis fructus rei ad fructuarium pertinet.* DIGEST. Lib. VII. Tit. I. *De Uſufructu, & quemad. quis utatur fruatur*, Leg. VII. *princip.* On en trouve le détail au long dans le reſte de cette Loi, & dans les ſuivantes. L'Uſufruitier peut, par exemple, faire fouiller les *Mines*, les *Carriéres*; les couches de *Craye*, *le Sable*, &c. qui ſe trouvent dans le Fonds qu'il tient à uſufruit, quand le Proprietaire ne s'en ſeroit jamais aviſé lui-même; bien entendu que par-là il ne nuiſe point aux Grains, aux Arbres, aux Vignes, en un mot, à tous les uſages d'Agriculture auſquels le Maître du Fonds l'avoit deſtiné. Voyez les *Obſerv.* de Mr. NOODT, Lib. I. Cap. IX. Cet habile Juriſconſulte, dans le Chap. ſuivant du même Ouvrage, examine comment & en vertu dequoi l'Uſufruitier d'un Fonds où il y a de la *chaſſe*, peut s'en approprier le profit & le revenu. Il faut lire tout cela dans l'Original, & y joindre la réflexion que fait là-deſſus Mr. BERNARD, dans l'Extrait des *Nouv. de la Répub. des Lettres* Avril 1706. page 430, 431.

(9) Voyez cideſſus, Chap. VII. §. IV. *Note* 1.

(10) *Is vero ad quem uſusfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam ſi ipſe eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, deceſſerit, ad heredes ejus non pertinent, ſed domino proprietatis adquiruntur. Eadem ferè & de colono dicuntur.* INSTIT. Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſione*, &c. §. 36.

(11) Ceci n'eſt point du *Droit Romain*, Mais le *Droit Saxon* ſuit une maxime ſi juſte, voulant même qu'en ce cas-là tous les Fruits appartiennent à l'Héritier. Voyez LUDER. MENCKEN. *Differ. Jur. Comm. & Saxonic.* poſt HUBER. *Prælection.* page 8. & BALTH. WHERNHERI *Elem. Jur. N. & Gent.* Cap. XIV. §. 42. La raiſon pourquoi les Juriſconſultes Romains ôtoient les Fruits non recueillis à l'Héritier de l'Uſufruitier, c'eſt que, quand un Teſtateur, par exemple, léguoit à l'un l'Uſufruit d'une Terre, & la Proprieté à un autre, les Fruits qui ſe trouvoient alors venus à maturité, appartenoient à l'Uſufruitier, qui n'avoit rien contribué à leur production, & non pas au Pro-

Fruits, il eſt juſte que ſon Héritier y ait part, du moins autant que peut ſe monter la peine du Défunt, qui ſans cela ſeroit perduë. Pour les *Fruits Civils*, ils appartiennent à l'Uſufruitier à proportion du (12) tems qu'il y a que la rente court.

L'Uſufruitier (13) doit jouïr en honnête homme & en bon Pere de famille, des choſes dont il a l'Uſufruit; enſorte qu'il ne les faſſe ſervir qu'à leur uſage naturel, ou à celui auquel le Proprietaire les avoit deſtinées. Il faut donc qu'il les garde avec ſoin, & qu'il les maintienne en bon état (14). Il doit encore payer les impôts (15), les tailles, & les autres charges tant ordinaires qu'extraordinaires; à moins qu'elles n'aillent au-delà des revenus; car toutes ces dépenſes, auſſi-bien que celles de la culture & des réparations, tombent naturellement ſur celui qui veut avoir le profit de la jouïſſance d'un bien. D'ailleurs, on préſume, & avec raiſon, que perſonne ne prétend ſe reſerver les charges de ſon bien, pendant qu'il en laiſſe les émolumens à un autre: la condition ſeroit trop dure, & la liberalité extraordinaire.

L'Uſufruit finit par la mort de (16) l'Uſufruitier; dont la raiſon eſt, qu'ordinairement on donne ce droit en vûë d'un mérite ou de quelques autres qualitez perſonnelles qui ne paſſent point aux Héritiers. De-plus celui à qui appartient le fonds perdant beaucoup par le droit d'Uſufruit qu'un autre a ſur ſon bien, on en doit expliquer à la rigueur la conceſſion; enſorte que s'il a été dit, par exemple, qu'on accordoit l'Uſufruit d'un tel ou tel bien à *Pierre* & à ſes Héritiers, cela ne s'étende point (17)

prietaire. Ainſi l'avantage qui revenoit, en ce cas-là, à l'Uſufruitier, compenſoit la perte des frais de la culture dans l'autre cas. Voyez DIGEST. Lib. VII. Tit. I. *De Uſufruct.* Leg. XXVII. & Lib. XXII. Tit. I. *De Uſuris*, Leg. XXV. §. 1. La queſtion eſt de ſçavoir, ſi l'on avoit eu raiſon d'établir ce qui obligea à faire la compenſation.

(12) Par exemple, ſi une rente commence au premier de l'an, & que l'Uſufruitier meure au mois d'Octobre, les Héritiers auront ce à quoi ſe monte la rente depuis le premier de l'an juſqu'au mois d'Octobre; & le reſte, depuis le mois d'Octobre juſqu'au premier de Janvier de l'année ſuivante, reviendra au Proprietaire. Voyez DIGEST. Lib. VII. Tit. I. Leg. XXVI. & Leg. LVIII. *princip.*

(13) *Cavere autem debet* [ *Uſufructuarius* ] viri boni arbitratu perceptum iri uſumfructum: *hoc eſt, non deteriorem ſe cauſam uſusfructus facturum, ceteraque facturum, quæ in re ſua faceret.* DIGEST. Lib. VII. Tit. IX. *Uſufructuarius quemadmodum caveat*, Leg. I. §. 3. *Debet enim omne, quod diligens Paterfamilias in ſua domo facit, & ipſe facere.* Ibid. Tit. I. *De Uſufructu*, &c. Leg. LXV. *Mancipiorum quoque uſusfructus legato non debet abuti, ſed ſecundùm conditionem eorum uti.* Ibid. Leg. XV. §. 1. Ainſi l'Uſufruitier ne peut ni meſurer du fonds, ni le détériorer, ni méme changer ce que le Proprietaire a deſtiné pour le ſimple divertiſſement, quand même il le feroit pour augmenter le revenu. Il ne lui eſt point permis, par exemple, de couper des Arbres plantez en allée, pour y faire un Potager, ou y ſemer du Bled. *Et ſi fortè voluptate fuit prædium, viridaria vel geſtationes, vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum ſpectat.* Ibid. *Leg.* XIII. §. 4. Il y a pluſieurs autres Loix de ce Titre, que l'on peut conſulter.

(14) *Eum, ad quem uſusfructus pertinet, ſarta tecta ſuis ſumptibus præſtare debere, explorati juris eſt.* COD. Lib. III. Tit. XXXIII. *De Uſufr. & habit. & miniſterio ſerv.* Leg. VII. Cela s'entend des menues réparations, & des autres depenſes néceſſaires pour cultiver & conſerver le bien que l'on tient à uſufruit. Car ſi une partie de la Maiſon, par exemple, venoit à tomber, ſans qu'il y eût de la faute de l'Uſufruitier, il ne ſeroit point tenu de la faire rebâtir. *Si quæ vetuſtate corruerunt, reficere non cogitur. Modica igitur refectio ad eum pertineat, quoniam & alia onera agnoſcit, uſufructu legato*, &c. DIGEST. Lib. VII. Tit. I. Leg. VII. §. 2. Voyez le §. ſuivant de la même Loi.

(15) *Ut puta ſtipendium, vel tributum, vel ſalarium, vel alimenta ab ea re relicta. Ibid.* Voyez auſſi Leg. XXVII. §. 3. & Lib. XXXIII. Tit. II. *De uſu & uſufr.* &c. Leg. XXVIII.

(16) Morte *quoque amitti uſumfructum, non recipit dubitationem: cùm jus fruendi morte exſtinguatur; ſicuti ſi quid aliud, quod perſonæ cohæret.* DIGEST. Lib. VII. Tit. IV. *Quibus modis Uſusfructus vel Uſus amittitur*, Leg. III. §. 3. Cela a lieu, quand même l'Uſufruitier mourroit avant le tems auquel on a fixé la durée de l'Uſufruit, ou avant l'accompliſſement d'une condition qui devoit y mettre fin. Voyez COD. Lib. III. Tit. XXXIII. *De uſufructu & habit.* &c. Leg. XII. Car la raiſon pourquoi on a marqué un terme ou certain, ou incertain, c'eſt ſeulement afin que l'Uſufruitier s'il vit au-delà, ne conſerve point ſon droit. Deſorte que, s'il vient à mourir auparavant, la Régle generale ſubſiſte à ſon égard dans toute ſa force. Au reſte, notre Auteur ne devoit pas oublier cette autre maniere dont l'Uſufruit ſe perd, lorſque le tems qu'il devoit durer eſt expiré, ou qu'une certaine condition vient à s'accomplir.

(17) On prouve cela ordinairement par cette Loi du CODE, Lib. III. Tit. XXXIII. *De uſufr. Sancimus & hujuſmodi legatum firmum eſſe* [ *ſi quis fundum vel aliam rem cuidam teſtamento relinqueret*, quatenus uſusfructus apud heredem maneret ] *& talem uſumfructum unà cum herede finiri; & illo moriente, vel aliis legitimis modis eum amittente, expirare.* Leg. XIV. Mais il eſt

aux Héritiers des Héritiers de l'Uſufruitier; car à (18) quoi ſerviroit une Proprieté, qui ſeroit toûjours ſéparée de la jouïſſance? De là vient, que quand l'Uſufruit d'une choſe a été légué à un Etat qui peut ſubſiſter à perpétuité, les Loix Romaines (19) veulent que ce droit s'éteigne au bout de cent ans; & même plûtôt, s'il arrive, avant cela, que l'Etat ou la Ville ſoient détruits par (20) les Ennemis, & qu'on traîne la charrue ſur les ruïnes de ſes Murailles. C'eſt pour la même raiſon que l'Uſufruit ne peut point être (21) aliéné: car, ſi cela avoit lieu, le Proprietaire courroit riſque d'être toûjours fruſtré de la jouïſſance; outre que l'Uſufruit de ſon bien pourroit ainſi paſſer à tel entre les mains de qui il ſeroit bien fâché de le voir. Selon les Loix Romaines, du moment que l'Uſufruitier perdoit la Liberté & le droit de Bourgeoiſie tout enſemble (22), ou bien le dernier tout ſeul, il perdoit auſſi l'Uſufruit; car elles ne jugeoient pas convenable, que le Proprietaire fût privé de la jouïſſance de ſon bien, lorſque celui qui en avoit l'Uſufruit étant devenu Eſclave, ne pouvoit plus en retirer lui-même aucun profit; & pour ceux qui avoient perdu le droit de Bourgeoiſie, il n'étoit pas nonplus à propos qu'ils conſervaſſent un droit d'Uſufruit ſur les biens d'un Citoyen. C'eſt auſſi en vertu des Loix, ou bien par un effet de quelque Convention, que l'Uſufruit ſe perd ou (23) faute de jouïſſance, y ayant pluſieurs choſes qui dépériſſent lorſqu'on

clair, comme d'autres l'ont remarqué, qu'il s'agit ici de l'Héritier du Teſtateur, & non pas de l'Héritier de l'Uſufruitier. Voyez Vinnius ſur les Institutes, Lib. II. Tit. IV. §. 3. & Mr. Titius ſur Lauterbach. *Obſerv.* CCXXV. mais ſurtout le Traité de Mr. Noodt, ſi ſouvent cité, *Lib.* II. *Cap.* V. Du reſte, il n'eſt pas néceſſaire d'avoir une Loi expreſſe là-deſſus. C'eſt une conſéquence manifeſte de la nature même de l'Uſufruit

(18) C'eſt la raiſon que donnent les Institutes, pour faire voir qu'on a dû établir diverſes manieres d'éteindre le droit d'Uſufruit. *Ne tamen in univerſum inutiles eſſent proprietates, ſemper abſcedente uſufructu: placuit certis modis exſtingui uſumfructum, & ad proprietatem reverti.* Lib. II. Tit. IV. §. 1. Notre Auteur remarquoit ici, que c'eſt en ce ſens qu'il faut prendre un paſſage de Ciceron, où ce grand Orateur dit: *Id enim eſt cujuſque proprium, quo quiſque fruitur atque utitur.* „ Ce que l'on poſſede & dont on jouït, eſt „ ce qui nous appartient véritablement en propre. „ *Epiſt. ad. Fam.* Lib. VII. Ep. XXX.

(19) C'eſt qu'on regardoit ce terme comme celui auquel la plus longue vie d'un Homme peut s'étendre. *Et placuit, centum annis tuendos eſſe* [*in uſufructu*] *municipes: quia is finis vitæ longævi hominis eſt.* Digest. *de Uſufructu*, &c. Lib. VII. Tit. I. Leg. LVI. Voyez auſſi Lib. XXXIII. Tit. II. *De uſu & uſufructu*, &c. Leg. VIII.

(20) La Loi ne parle point de l'Ennemi: elle dit ſeulement, *ſi l'on paſſe la charruë ſur la Ville*, &c. c'eſt-à-dire, ſi elle eſt détruite de quelque maniere que ce ſoit; ce qui pouvoit arriver par ordre même du Souverain en punition des Habitans. *Si uſusfructus Civitati legetur, & aratrum in eam inducatur, Civitas eſſe definit; ut paſſa eſt* Carthago: *ideoque, quaſi morte deſinit habere uſumfructum.* Digest. Lib. VII. Tit. IV. *Quib. modis uſufr. vel uſus amittitur.* Leg. XXI. Le ſaccagement d'une Ville eſt exprimé ici par alluſion à la coûtume dont parle Horace, Lib. I. Od. XVI. v. 20, 21.

——— *Imprimeretque muris*
*Hoſtile aratrum exercitus inſolens.*

Voyez les Notes de Denys Godefroi ſur la Loi même dont il s'agit; & Mr. Noodt, *De Uſufr.* Lib. II. Cap. 10.

(21) C'eſt-à-dire, que l'Uſufruit étant un droit purement perſonnel, on ne ſauroit le transférer à un tiers, enſorte que celui-ci l'acquiére & en jouïſſe en ſon nom propre, comme s'il le tenoit immédiatement du Proprietaire. Mais cela n'empêche pas que l'Uſufruitier ne puiſſe non ſeulement loüer & bailler à ferme; mais encore céder, vendre, ou donner à un tiers la jouïſſance du bien dont il a l'Uſufruit. Tout ce qu'il y a, c'eſt que le tiers ne jouïra du bien qu'auſſi long-tems que l'Uſufruitier en auroit joui par lui-même, & non pas autant qu'il en jouïroit, s'il avoit un Uſufruit propre & immédiat. *Uſufructuarius vel ipſe frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere poteſt: nam & qui locat, utitur; & qui vendit, utitur. Sed & ſi alii precario concedat vel donet, puto eum uti: atque ideo retineri uſumfructum.* Digest. Lib. VII Tit. I. Leg. XII. §. 2. D'où il paroit, que quand l'Uſufruitier diſpoſe à ſon gré de la jouïſſance du bien dont il a l'Uſufruit, cela tient lieu de jouïſſance par rapport à lui; & qu'en ces cas-là, le *droit d'Uſufruit* demeure toûjours à l'Uſufruitier, quoique la *jouïſſance des fruits* ait été cédée à un tiers, pour me ſervir de l'expreſſion des Juriſconſultes Romains: *Ut ipſum quidem jus remaneat penes maritum* [ qui poſt divortium reddere teneretur uſumfructum fundi dotis nomine acceptum ] *perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat*, Digest. Lib. XXIII. Tit. III. *De jure dotium*, Leg. LXVI. Cette Loi ſuppoſe une diſpoſition de l'ancien Droit Romain, ſelon lequel quand l'Uſufruitier avoit cedé ſon Droit à une autre perſonne, avec certaines formalitez de Juſtice, la ceſſion étoit nulle, & cependant l'Uſufruit retourneroit au Proprietaire. Voyez le Traité de Mr. Noodt, *Lib. II. Cap.* 10.

(22) *Finitur autem uſusfructus morte uſufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media.* Institut. Lib. II. Tit. IV. §. 3. Voyez encore Cod. Lib. III. Tit. XXXIII. Leg. XVI. §. 2. *in fine.*

(23) C'eſt-à-dire, ſi l'on ne jouït pas ou par ſoi,

ne ſ'en ſert point ; ou faute de jouïr d'une maniere conforme à ce qui (24) a été preſcrit ; ou parceque l'on a détérioré le bien dont on avoit l'Uſufruit, ſoit malicieuſement, ou par l'effet d'une groſſiere négligence. L'Uſufruit s'éteint encore lorſque la choſe vient à périr (25), & il ne ſe renouvelle pas quoiqu'elle ſoit enſuite rétablie, parce que la nature de ce droit demande une interprétation rigoureuſe. Or quand une Maiſon a été brûlée, celle que l'on bâtit ſur ſes ruïnes n'eſt pas la même. D'ailleurs, le Proprietaire ayant fait de grandes dépenſes pour élever un nouveau bâtiment ſur ſon fonds, il ſeroit bien dur qu'il n'en jouît pas. Enfin l'Uſufruit s'évanouït ou par la (26) *conſolidation ;* c'eſt-à-dire, lorſque l'Uſufruitier devient Proprietaire, ou par la ceſſion que l'Uſufruitier fait de ſon droit au Proprietaire : car l'Uſufruit, & en général toutes les autres Servitudes ſont des droits qui, à proprement parler, n'ont pour objet que le bien d'autrui ; & lorſqu'on ſe ſert de ſon propre bien, ou qu'on en tire les revenus, c'eſt uniquement en vertu du droit de Proprieté (27).

Du droit d'*Uſage*.

§. VIII. Ce que l'on appelle ici Usage, c'eſt le droit de jouïr du bien d'autrui (1) ſans toucher au fonds, mais ſeulement autant qu'il faut pour fournir à ſes beſoins ordinaires. Ainſi ce droit a moins d'étendue que l'Uſufruit, un Uſager ne pouvant prendre que ce qui lui eſt néceſſaire pour lui ou pour les ſiens, ce qui ſe régle par (2) ſa condition & ſa qualité. Celui qui a l'Uſage d'une Maiſon, par exemple, y peut demeurer avec ſa Famille : (3) mais comme on n'eſt pas bien aiſe d'habiter ſous même

ou par autrui, du bien dont on a l'Uſufruit. C'eſt ce que l'on appelle *non uti per tempus*, Instit. §. 3. *ubi ſuprà. Non utitur*, diſent ailleurs les Juriſconſultes, *uſufructuarius, ſi nec ipſe utatur, nec nomine ejus alius.* Digest. Lib. VII. Tit. I. Leg. XXXVIII. Voyez ci-deſſus la *Note* 21. Avant Justinien l'Uſufruit des choſes mobiliaires ſe perdoit par le non-uſage d'un an ; & celui des Immeubles, par le non-uſage de deux ans. Mais cet Empereur ordonna que l'Uſufruit des unes & des autres ne ſe perdît que par le non-uſage de dix ans, ſi l'Uſufruitier étoit dans le lieu où ſe trouvoit le bien ; & de vingt, s'il étoit abſent. Voyez Cod. Lib. III. Tit. XXXIV. *De ſervitutibus & aqua*, Leg. XIII. & le Traité de Mr. Noodt, *Lib. II. Cap.* 8.

(24) Ceci n'eſt pas conforme au Droit Romain. On avoit mal entendu ce que dit Justinien : *Et non utendo* per Modum *& tempus* [ finitur Uſusfructus ] Instit. *ubi ſuprà* §. 3. Par où il veut parler ſeulement du non-uſage pendant le tems qu'il a déterminé lui-même, Cod. *Lib. III Tit.* XXXIII. *De Uſufr.* Mr. Noodt, dans ſon Traité, *Lib. II.* Cap. 9. en donne de bonnes preuves, & il explique les mots dont il s'agit, par une façon de parler aſſez fréquente chez les anciens Auteurs ; mais dont il faut avouer que Tribonien auroit pû ſe paſſer, pour ne pas donner lieu à quelque mépriſe.

(25) *Rei mutatione interire uſumfructum, placet. Veluti uſusfructus mihi ædium legatus eſt ; ædes corruerunt, vel exuſtæ ſunt : ſine dubio exſtinguitur.* En ce cas-là l'Uſufruitier n'a plus aucun droit ni ſur les materiaux, ni ſur la place où étoit la Maiſon. *Certiſſimum eſt. . . . nec areæ, nec cementorum uſumfructum deberi.* Digest. Lib. VII. Tit. IV. Leg. V, §. 2. Voyez auſſi Leg. VIII. IX. X. XII. XXIII. *Eſt* enim *jus in corpore : quo ſublato, & ipſum tolli neceſſe eſt.* Instit. *Lib. II.* Tit. IV. *princip.* Mais il faut que ce ſoit un Uſufruit particulier ; car quand on a un Uſufruit univerſel, c'eſt-à-dire, ſur une totalité de biens, on conſerve la jouïſſance de ce qui reſte. *Bonorum autem uſufructu legato, areæ* [ ædium incenſarum ] *uſusfructus peti poterit : quoniam qui bonorum ſuorum uſumfructum legat, non ſolum eorum quæ in ſpecie ſunt, ſed & ſubſtantiæ omnis uſumfructum legare videtur ; in ſubſtantia autem bonorum etiam area eſt.* Digest. Lib. VII. Tit. I. *De uſufructu*, &c. Leg. XXXIV. §. 2. Au reſte, les Interprêtes du Droit Romain diſent que, pour ſçavoir ſi la choſe donnée à uſufruit eſt veritablement détruite, il faut conſidérer ſi elle a changé de nom. Voyez le Traité de Mr. Noodt, *Lib.* II. *Cap.* XI.

(26) *Item finitur uſusfructus, ſi Domino proprietatis ab Uſufructuario cedatur. . . . vel contrario, ſi Uſufructuarius proprietatem rei adquiſierit ; quæ res* conſolidatio *appellatur.* Instit. Lib. II. Tit. IV. §. 3.

(27) *Nulli enim res ſua ſervit.* Digest. Lib. VIII. Tit. II. *De ſervitut. præd. urbanor.* Leg. XXVI. *princ.* Voyez auſſi *Lib.* VII. Tit. VI. *Si uſusfructus petatur*, &c. Leg. V. *princip.*

§. VIII. (1) *Minus autem juris eſt in uſu quàm in uſufructu. Nam is qui fundi nudum habet uſum, nihil ulterius habere intelligitur, quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis, & lignis, ad uſum quotidianum utatur.* Par les mêmes Loix Romaines l'Uſage ne pouvoit ni vendre, ni loüer, ni donner ſon droit. *Nec ulli alii jus quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere poteſt.* Instit. *Lib.* II. *Tit.* V. *De uſu & habitatione*, §. 1. Ce droit s'etablit & ceſſe de la même maniere que l'Uſufruit. *Iiſdem illis modis, quibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet : iiſdemque illis modis finitur, quibus & uſusfructus deſinit.* Ibid. *princip.* Voyez Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. I. Tit. XI. Sect. II.

(2) *Aliquo enim largiùs cum Uſuario agendum eſt pro dignitate ejus, cui relictus eſt uſus.* Digest. Lib. VII. Tit. VIII. *De uſu & habitatione*, Leg. XII. §. 1.

(3) Tout ce que notre Auteur dit ici ſur l'*Uſage* d'une Maiſon, n'eſt guéres conforme aux Déciſions du Droit Romain. Auſſi les anciens Juriſconſultes ont-ils eux-mêmes beaucoup varié ici ; pour ne pas

toît avec toute ſorte de gens, ſi le Proprietaire s'eſt réſervé quelque appartement dans la Maiſon, il n'eſt pas permis à l'Uſager de loger un Etranger qui ſéjourne trop longtems, ni même un Habitant du Païs, qui n'eſt pas auprès de lui comme membre de la Famille. Il ne peut pas non-plus pour l'ordinaire mettre un tiers à ſa place pour jouïr en ſon nom, à moins que le Proprietaire ne lui ait donné l'Uſage de la Maiſon toute entiere. Pour ce qui regarde l'entretien de la choſe ſur laquelle on a droit d'Uſage, il eſt très-juſte, à mon avis, que ſi le Proprietaire n'en tire aucun revenu, l'Uſager la maintienne en bon état, & y faſſe lui ſeul, à ſes dépens, les réparations néceſſaires. Que s'il en revient une égale utilité à l'un & à l'autre, ils doivent auſſi contribuer également aux dépenſes néceſſaires pour ce ſujet (4). Mais ſi le profit de l'Uſager eſt peu conſidérable en comparaiſon des émolumens du Proprietaire, on préſume alors naturellement que l'Uſage a été donné franc de toute charge.

*Du droit d'Habitation.*

§. IX. L'Habitation eſt, ſelon les Juriſconſultes Romains, le droit de retirer tous les émolumens qui proviennent du logement d'une Maiſon d'autrui (1). Ce droit eſt moins étendu que l'Uſufruit, qui emporte de-plus le profit qui revient des marchandiſes que l'on reçoit dans un Magazin, & d'autres choſes ſemblables; mais il eſt plus étendu que le ſimple uſage, en ce que l'on peut louër à quelque autre une Maiſon ſur laquelle on a droit d'Habitation.

*Du Service des Eſclaves.*

§. X. Le Service des Esclaves eſt le droit de retirer toute l'utilité qui peut revenir du ſervice & du travail d'un Eſclave d'autrui (1). Selon les Loix Romaines, ce droit eſt moins étendu que l'uſufruit d'un Eſclave, parcequ'un Eſclave peut être utile (2) autrement que par ſon ſervice ou par ſon travail.

*Des Servitudes Réelles. Et 1. De celles des Héritages de la Ville, ou des Bâtimens.*

§. XI. Les *Servitudes Réelles*, c'eſt-à-dire, celles qui ſont dûës à quelqu'un entant qu'il poſſede un certain Fonds, conſiſtent en général dans un certain droit que l'on a, en vertu duquel le Fonds voiſin eſt aſſujetti à quelque ſervice pour l'uſage du nôtre. Dans le Droit Romain on les diviſe en (1) Servitudes des Heritages de Ville, & Servitudes des Heritages de Campagne. Par *Héritages de Campagne*, on entend les Terres, & ces chetifs Bâtimens qui ne ſervent que pour

parler de bien des ſubtilitez qu'ils débitent ſur cette matiere, & ſur les *Servitudes* en general, où ils ſemblent avoir pris à tâche de ſe ſurpaſſer à cet égard. Voyez Jean de la Coste ſur le Titre des Institutes, *De uſu & Habitatione*; & Mr. Noodt, ſur le même Titre du Digest. Au reſte, il y a une remarque generale à faire ſur tous les droits dont il eſt traité dans ce Chapitre; c'eſt que les Loix de chaque Etat, & l'accord mutuel des Parties, ou la volonté de celui qui donne gratuitement, les peuvent diverſifier en mille manieres. Ainſi on ne ſauroit établir aucune Régles qui conviennent abſolument & invariablement à tous les cas; & il faut faire attention aux circonſtances particulieres de chaque affaire, pour décider enſuite, ſelon la nature de la choſe & les maximes de l'Equité, quels ſont les engagemens & de celui qui confére quelqu'un de ces droits, & de celui qui le reçoit.

(4) *Si domus uſus legatus ſit* ſine fructu, *communis refectio eſt* [ rei ] *in ſartis tectis, tam Heredis, quàm Uſuarii. Videamus tamen, ne ſi fructum Heres accipiat, ipſe reficere debeat: ſi vero talis ſit res, cujus uſus relegatus eſt, ut Heres fructum percipere non poſſit, Legatarius reficere cogendus eſt. Quæ diſtinctio rationem habet.* Digest. Lib. VII. Tit. VIII. Leg. XVIII.

§. IX. (1) *Sed ſi cui habitatio legata, ſive aliquo modo conſtituta ſit: neque uſus videtur, neque uſusfructus, ſed quaſi proprium aliquod jus. . . . non ſolum in ea degere, ſed etiam aliis locare.* Institut. Lib. II. Tit. V. §. 5. Voyez auſſi *Cod.* Lib. III. Tit. XXXIII. *De uſufructu & habitat.* &c. Leg. XIII. On ne perdoit ce droit ni par le non-uſage, ni par la mort civile. Voyez Digest. Lib. VII. Tit. VIII. *De uſu & habit.* Leg. X.

§. X. (1) Operis ſervi *legatis neque uſus, neque uſusfructus in eo legato eſſe videtur.* Digest. Lib. XXXV. Tit. II. *Ad Legem Falcidiam*, Leg. I. §. 9. Ce droit ſe perdoit uniquement par la mort de l'Eſclave, & non pas par la mort naturelle, ni la mort civile de celui qui pouvoit ainſi diſpoſer de l'Eſclave, ni même par le non-uſage. Voyez Digest. Lib. VII. Tit. VII. *De operis ſervorum*; & Lib. XXXIII. Tit. II. *De uſu & uſufructu*, &c. Leg. II. avec le Commentaire de Cujas, *Rec. in Dig.* Tome VI. Opp. *Edit. Fabrott.* page 1418, *& ſeqq.*

(2) Lors, par exemple, qu'il gagne quelque choſe en trafiquant de ce qui appartient à l'Uſufruitier. Voyez Instit. Lib. II. Tit. IX. *Per quas perſonas cuique adquir.* §. 4.

§. XI. (1) *Servitutes ruſticorum prædiorum & urbanorum.* Digest. Lib. VIII. Tit. I. *De ſervitutibus*, Leg. I.

le Bétail, & pour les uſages de l'Agriculture. Les (2) *Héritages de Ville* comprennent tous les Bâtimens propres ou à loger, ou à faire quelque commerce, & autres ſemblables uſages, ſoit que ces Bâtimens ſe trouvent ſituez à la Ville ou à la Campagne. Le *Voiſinage* qui, ſelon la penſée d'un ancien Comique Latin, (3) tient *le premier rang après l'Amitié*, donna d'abord occaſion à l'établiſſement de toutes ces Servitudes (a); car les Hommes trouvant beaucoup de plaiſir & d'utilité à demeurer pluſieurs enſemble, ou du moins les uns près des autres, & voyant qu'il n'y avoit pas moyen de vivre dans cette proximité, ſi chacun interdiſoit à ſes Voiſins tout uſage de ſon propre bien; on convint pour l'ordinaire que perſonne ne diſpoſeroit abſolument de ſon bien à tous égards, & qu'on accorderoit quelque petit uſage à ceux de ſes Voiſins qui ne pourroient s'en paſſer ſans être extrémement preſſez & incommodez (4). Mais s'il eſt juſte de ſe gêner un peu pour la commodité de ſes Voiſins; ceux-ci d'autre côté ne doivent pas pouſſer trop loin leurs prétenſions (b), & il faut même qu'ils uſent avec diſcrétion des plus legitimes Servitudes, pour ne pas les rendre inſupportables aux Maîtres du Fonds ſervant.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. VIII. Tit. I. *De Servit.* Leg. XV. & Tit. II. *De Servit. præd. urban.* Leg. X. XX. §. 2. XXXI. XXXVIII. XXXIX. Et Lib. VII. Tit. VI. *Si uſusfructus petetur*, &c. Leg. I. §. 1, 2.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. VIII. Tit. I. *De Servit.* Leg. VIII. *princip.*

Les Servitudes des Bâtimens ſe réduiſent preſque aux ſuivantes. 1. Le (5) *droit d'Appui*, ou la permiſſion de faire porter un Bâtiment ſur une Muraille ou une Colomne de la Maiſon voiſine, en vertu dequoi le Maître de cette Maiſon doit réparer, quand il en eſt beſoin, ſa Muraille ou ſa Colomne; autrement il n'auroit qu'à la laiſſer tomber pour éluder & rendre inutile la Servitude. 2. Le (6) *droit d'entailler le Mur voiſin*, pour y faire entrer les poûtres d'un Plancher, ou quelque autre choſe de ſemblable. 3. Le *droit de* (7) *bâtir en ſaillie*, ou de faire dans ſon Bâtiment quelque

(2) *Urbana prædia, omnia ædificia accipimus, non ſolum ea quæ ſunt in oppidis, ſed & ſi fortè ſtabula ſunt, vel alia meritoria in villis & in vicis: vel ſi prætoria voluptati tantum deſervientia; quia urbanum prædium non locus facit, ſed materia.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVI. *De verborum ſignificationibus*, Leg. CXCVIII. Cette Loi, qu'on cite ici ordinairement, ne regarde pas la matiere des *Servitudes*; mais la maniere dont on doit entendre les mots de *Prædia ruſtica vel ſuburbana*, par oppoſition aux *Urbana*, dans une Conſtitution de l'Empereur *Sévére* touchant l'aliénation que les Tuteurs ou Curateurs pourroient faire des biens de leurs Pupilles ou Mineurs. Voyez CUJAS ſur cette Loi, & dans ſes *Obſervations*, Lib. VII. Cap. 23. Pour ce qui eſt des *Servitudes*, on entendoit par Servitudes, des *Héritages de Ville*, celles qui étoient attachées à la Superficie, ou au Bâtiment; enſorte qu'à cauſe de ce Bâtiment, ſoit qu'il fût ſitué à la Ville ou à la Campagne, on avoit droit d'aſſujettir ſon Voiſin à certaines choſes: & par *Servitudes des Héritages de Campagne*, celles qui étoient dûës au Sol, en quel endroit que fût le Fonds. *Servitutes prædiorum, aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtunt.* DIGEST. Lib. VIII. Tit. I. *De Servit.* Leg. III. *Ædificia urbana quidem Prædia adpellamus: ceterum & ſi in Villâ ædificata ſunt, æquè Servitutes Urbanorum Prædiorum conſtitui poſſunt*, Tit. IV. *Communia Prædiorum*, &c. Leg. I. Il faut remarquer au reſte, qu'avec le tems les Juriſconſultes rendirent certaines Servitudes communes aux Héritages de Ville, & à ceux de Campagne, quoiqu'auparavant elles fuſſent affectées à l'une ou l'autre ſorte de Poſſeſſions. C'eſt ce que Mr. NOODT a prouvé, autant que le permet l'obſcurité & le déſordre des Fragmens qui nous reſtent; enſorte que par-là il en a concilié qui paroiſſoient inexplicables. Voyez ſon Commentaire, *page* 219, *& ſeqq.*

(3) —— —— —— *Vel vicinitas,*
*Quod ego in propinqua parte amicitiæ puto.*
TERENT. *Heautont.* Act. I. Scene I. verſ. 4, 5. Voyez là-deſſus la Note de Madame DACIER, dont j'ai ſuivi la Traduction. Notre Auteur citoit plus bas les paſſages ſuivans, où il s'agit des Devoirs réciproques des Voiſins, & de l'avantage qu'on trouve à les pratiquer: HESIOD. *Oper. & Dier.* verſ. 343. *& ſeqq. Edit. Cleric.* PLATON, *De Legib.* Lib. VIII. page 915. *Edit. Wech. Francof.* XENOPHON, in *Socrat. Memorab.* Lib. II. Cap. II. §. 12. *Edit. Oxon.*

(4) Les droits de Servitude ne ſont pas bornez à ce qui eſt abſolument néceſſaire pour l'uſage du Fonds dominant: ils s'étendent auſſi à ce qui eſt pour la commodité & le plaiſir du Maître, plus que pour l'utilité. Voyez là-deſſus les *Probabilia Juris* de M. NOODT, Lib. I. Cap. II. où l'on trouve auſſi bien des choſes cucurieuſes pour l'intelligence de pluſieurs Loix du Droit Romain ſur la matiere des Servitudes.

(5) *De ſervitute, qua oneris ferendi cauſa impoſita erit* &c. DIGEST. Lib. VIII Tit. V. *Si ſervitus vindicetur*, &c. Leg. VI. §. 2. *Eum debere columnam reſtituere, quæ onus vicinarum ædium ferebat, cujus eſſent ædes quæ ſervirent.* Lib. VIII. Tit. II. *De ſervit. prædiorum urbanorum*, Leg. XXXIII.

(6) [*Jus*] *immittendi tigna in parietem vicini.* Ibid. Leg. II. Voyez la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *de ſervitute ſtillicidii*, §. 59.

(7) *Projiciendi, protegendive. Ibid. Inter* projectum & immiſſum *hoc intereſſe, ait* LABEO, *quod projectum eſſet id, quod ita proveheretur, ut nuſquam requieſceret, qualia mæniana & ſuggrunda eſſent: immiſſum autem quod ita fieret, ut aliquo loco requieſceret, veluti tigna, trabes, quæ immitterentur.* Lib. L. Tit. XVI. *De Verbor. ſignificat.* Leg. CCXLII. Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. V. §. 4. & AMMIEN MARCELLIN, Lib. XXVII.

quelque avance qui réponde en ligne perpendiculaire au ſol d'une Maiſon voiſine, ſans porter ſur aucun endroit ni du ſol, ni du Bâtiment de cette Maiſon. Tel eſt, par exemple, un Auvent, un Balcon, une Galerie, &c. 4. Les *Servitudes* (8) *pour l'exhauſſement des Bâtimens;* c'eſt-à-dire, le droit ou de hauſſer ſon Bâtiment quoique cela incommode le Voiſin, ou d'empêcher que le Voiſin ne hauſſe le ſien au-delà d'un certain point. 5. Les *Servitudes* (9) *pour les jours;* c eſt-à-dire, le droit ou de faire dans ſon Bâtiment des Fenêtres qui regardent ſur le Fonds voiſin, ou d'empêcher que le Maître du Fonds voiſin n'y entreprenne rien qui puiſſe ôter ou diminuer les jours de notre Bâtiment (c). 6. Les *Servitudes* (10) *pour les Vûës;* c'eſt-à-dire, le droit ou d'avoir la vûë ſur le Fonds voiſin, ou d'empêcher que le Maître de ce Fonds n'y faſſe rien qui nous prive d'une vûë libre de tous côtez, principalement ſur les endroits agréables. 7. Les *Servitudes* (11) *pour les Gouttieres;* c'eſt-à-dire, le droit ou d'avoir une Gouttiere, dont les eaux qui nous incommoderoient tombent dans la Cour d'une Maiſon joignante, ou d'empêcher que le Voiſin ne place ailleurs une Gouttiere de ſon toît, qui jette dans notre Fonds des eaux dont il nous revient quelque utilité. 8. Les *Servitudes* (12) *pour les Eaux courantes;* c'eſt-à-dire, le droit ou de faire paſſer par le Fonds voiſin des eaux ramaſſées dans des Canaux ou dans des Tuyaux conduits de notre Maiſon dans la ſienne, ou d'empêcher que le Maître du Fonds voiſin ne détourne ailleurs un Canal qui vient de ſa Maiſon dans la nôtre. 9. Enfin (13) *la décharge d'un Egoût dans la Maiſon voiſine;* le *droit d'y jetter quelque choſe*, & autres ſemblables Servitudes.

(c) Voyez un exemple remarquable d'une maniere bien rigoureuſe de maintenir un pareil droit, dans *Zonar.* Tome III. *in Theophilo*, & *Mich. Glycas*, Annal. Tome IV.

*Des Servitudes des Héritages de la Campagne.*

§. XII. On compte d'ordinaire parmi les *Servitudes des Héritages de Campagne;* c'eſt-à-dire, de ceux qui ſervent aux uſages de la campagne, quoiqu'ils puiſſent être ſituez dans les Villes: 1. Le *droit de Paſſage* (1) ou pour les Perſonnes ſeulement, ou pour les Bêtes, ou pour le Charroi, ou pour tout cela enſemble, autant que l'uti-

XXVII. Cap. IX. *in fine*, que Mr. Hertius cite auſſi.

(8) *Altiùs tollendi, & officiendi luminibus vicini, aut non extollendi.* Lib. VIII. Tit. II. *ubi ſuprà.* Leg. II. Comme chacun peut faire dans ſon Fonds ce qu'il lui plait, la Servitude *altiùs tollendi*, par laquelle on a droit de hauſſer ſon Bâtiment, quoique le Voiſin en ſoit incommodé, ſuppoſe que ſelon les Loix il y ait une certaine hauteur determinée, au-delà de laquelle perſonne ne peut aller en bâtiſſant ſur ſon propre Fonds. Or il y avoit à *Rome* une telle Loi, comme les Sçavans l'ont fait voir, entr'autres Juste Lipse, *de Magnitud. Rom.* Lib. III. Cap. IV. Brisson, *Sel. Antiq. Jur. Civ.* Lib. I. Cap. I. Voyez Vinnius ſur les Institutes; & le Commentaire de Mr. Noodt ſur le Digeste, page 211. Par conſéquent, la Servitude *altiùs non tollendi*, conſiſte à acquerir le droit d'empécher que le Voiſin n'éléve ſon Bâtiment auſſi haut qu'il pourroit ſelon la Loi; car pour ce qui eſt au-delà, il n'eſt pas beſoin de Servitude. Voyez Mr. Noodt, au méme endroit.

(9) Luminum *ſervitute conſtituta, id adquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat. Cùm autem ſervitus imponitur*, ne luminibus officiatur, *hoc maximè adepti videmur, ne jus ſit vicino, invitis nobis altiùs ædificare, atque ita minuere lumina noſtrorum ædificiorum.* Ibid. *Leg.* IV. Ces deux Servitudes, que notre Auteur diſtingue, comme on fait ordinairement, ne ſont qu'une ſeule & méme Servitude, ſelon les Juriſconſultes Romains. Car chaque Proprietaire, comme tel, peut faire des Fenêtres dans ſon Bâtiment, qui donnent ſur le Fonds voiſin; & on n'a point prouvé qu'il y eût quelque Loi qui le défendît. Voyez le Commentaire de Mr. Noodt, *page* 211, *& ſeqq.*

(10) *Inter ſervitutes*, ne luminibus officiatur, *&* ne proſpectui offendatur, *aliud & aliud obſervatur: quod in* proſpectu *plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem proſpectum, & liberum.* Ibid. *Leg.* XV. Il faut dire ici la même choſe, que de la Servitude précédente. Voyez encore Mr. Noodt, *ubi ſuprà*, page 214.

(11) *Item ſtillicidium avertendi in tectum, vel aream vicini, aut non avertendi.* Ibid. *Leg.* II. Voyez auſſi *Leg.* XX. §. 2, 5, 6. Voyez la Diſſertation de Mr. *Thomaſius* ſur cette matiere, & le Commentaire de Monſieur Noodt, page 214.

(12) *Ut flumen recipiat quis in ædes ſuas, vel in aream.* Instit. Lib. II. Tit. III. §. 1. Voyez Mr. Noodt, au même endroit.

(13) *Jus* cloacæ *mittendæ ſervitus eſt.* Digest. Lib. VIII. Tit. I. Leg. VII.

§. XII. (1) Tout cela s'exprime par trois termes différens, ſur le ſens & l'étenduë deſquels les Interprêtes ne ſont pas bien d'accord. *Servitutes ruſticorum prædiorum ſunt hæ....* Iter *eſt jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi.* Actus *eſt jus agendi vel jumentum, vel vehiculum....* Via *eſt jus eundi, & agendi, & ambulandi.* Dig. Lib. VIII. Tit. III. *De ſervit. præd. ruſtic.* Leg. I. Voyez là-deſſus les Obſervations de Mr. de Bynkershoek. Lib. IV. Cap. VII. où il donne une nouvelle explication du mot *Actus*. Et conferez ce que dit Mr. Noodt, *Comm. in Dig.* page 216. &c.

lité du Fonds voiſin le demande. 2. Les (2) *Aqueducs*, ou le droit de conduire des Eaux par le Fonds d'autrui pour le bien de notre propre Fonds, ſoit pour arroſer nos Terres, ſoit pour les décharger d'une eau ſuperflue ou incommode, ſoit pour abreuver nos Troupeaux. Au reſte telle eſt la nature de ces droits de Servitude, qu'ils ne ſervent de rien ſi on ne les a qu'à demi (3); deſorte que le Maître d'un Fonds aſſervi ſeroit ridicule de ne prétendre accorder que la moitié du paſſage. 3. Le *droit de puiſer de l'eau* d'une Fontaine, d'une Source, ou de quelque autre endroit du Fonds voiſin, autant qu'on en a beſoin pour le ſien propre; ce qui emporte la Servitude du paſſage (4) pour aller au Puits ou à la Fontaine. 4. Le *droit d'abreuver ſon Bétail* à une eau du Fonds voiſin. 5. Le *droit de le mener paître* dans les Terres voiſines. Surquoi on remarque que ce droit n'empêche pas que le Maître du Fonds ſervant ne puiſſe y faire paître auſſi ſon Bétail, pourvû qu'il n'en nourriſſe pas un plus grand nombre que le Fonds n'en peut entretenir, pour fruſtrer par-là le Voiſin de ſon droit de Servitude. D'autre côté, celui qui a ce droit ne doit point mener paître dans le Fonds voiſin aucune Bête malade ou galeuſe, de-peur qu'elle n'infecte les autres. 6. Enfin le droit de tirer du Fonds voiſin *de la Chaux*, *du Sable*, *des Pierres*, *du Bois*, *des Echalas*, autant qu'on en a beſoin pour ſon propre Fonds. Mais cette matiere des Servitudes a été traitée au long par divers Auteurs (5).

(2) AQUÆDUCTUS *eſt jus aquam ducendi per fundum alienum. In ruſticis computanda ſunt* aquæhauſtus, pecoris ad aquam adpulſus, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ .... *Etiam ut .... pedamenta ad vineam ex vicini prædio ſumantur*, &c. Ibid. & Leg. III.

(3) *Quia via conſummari ſolet, vel civitate tenus, vel uſque ad viam publicam, vel uſque ad flumen, in quo pontonibus trajiciatur, vel uſque ad proprium aliud ejuſdem domini prædium.* Ibid. *Leg.* XXXVIII.

(4) *Qui habet hauſtum, iter quoque habere videtur ad hauriendum.* Ibid. *Leg.* III. §. 3.

(5) Voyez les *Loix Civiles dans leur ordre naturel* par Mr. DAUMAT, I. Part. Liv. I. Tit. XII. Notre Auteur, comme je l'ai déja remarqué, ne devoit pas oublier le *Droit de Fiefs*, qui peut être rapporté à la matiere de ce Chapitre. Il faut y ſuppléer en peu de mots. L'opinion commune eſt que les Fiefs doivent leur origine à quelques Peuples de l'ancienne *Germanie*. Voyez GROTIUS, *De Jure Belli ac Pac.* Lib. I. Cap. III. §. 23. & PAULI HACHENBERGI *Germania media*, &c. Diſſert. IX. ou l'Extrait qui s'en trouve dans la *Bibliothéque Univerſ.* Tome VI. page 356. *& ſuiv.* comme auſſi une Diſſertation de Mr. THOMASIUS, intitulée, *Selecta capita Hiſtoriæ Juris Feudalis Germanici*, qui eſt parmi ſes *Selecta Feudalia*, publiez à *Hall* en *Saxe*, 1708. Quelques-uns néanmoins, comme fait nôtre Auteur ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. IV. §. 30. ont crû en trouver la premiere ébauche chez les *Romains*. Voyez Mr. HERTIUS, ſur cet endroit, comme auſſi dans ſa Diſſertation *De Feudis oblatis*, Sect. I. §. 2. qui eſt parmi celles du II. Tome de ſes *Commentationes & Opuſc.* Mr. THOMASIUS lui-même a crû autrefois que les Fiefs s'étoient établis parmi pluſieurs Peuples, avant les *Germains*, & qu'on ne pouvoit pas découvrir dans l'Antiquité la premiere origine de cet établiſſement. Voyez ſa Diſſertation *De origine & natura Feudi oblati*, §. 1. qui eſt la XII. parmi les Diſputes de *Leipſic.* Quoiqu'il en ſoit, il y a diverſes ſortes de Fiefs; mais il ſuffit de dire ici en général ce qu'ils ont de plus commun. Le FIEF eſt donc le droit de jouïr pleinement d'un Immeuble, ou bien d'une *choſe incorporelle*, qui appartient à un autre, à qui l'on promet pour cet effet fidelité & hommage, avec certains ſervices, & certaines redevances. Ce droit paſſe aux Héritiers, mais pour l'ordinaire ſeulement aux Mâles, & en ligne de Deſcendans, ou de Collateraux paternels; car les maternels n'y ont point de part. Celui qui donne une terre en Fief, eſt le *Seigneur*; & celui qui la reçoit ſe nomme *Vaſſal.* Lorſque la ligne des Héritiers, capables de ſuccéder, vient à s'éteindre, ou que le *Vaſſal* ſe rend coupable de *Félonie*, c'eſt-à-dire, viole les engagemens ou il étoit envers ſon *Seigneur*; ou qu'il néglige certaines formalitez; ou enfin, que certaines conditions ſous leſquelles il tenoit le Fief, manquent; alors le Fief retourne au Seigneur. On trouve dans le *Corps du Droit Civil* les *Coûtumes des Fiefs*. Cette Collection a été faite environ l'an MCLIV. Mais Mr. THOMASIUS a publié en 1708. un Auteur plus ancien *De Beneficiis* (C'eſt ainſi qu'on appelloit les Fiefs avant le XI. ſiecle), & il l'a accompagné de deux belles Diſſertations: l'une, ſur l'Auteur & le tems de cet Ouvrage: l'autre, ſur l'uſage qu'on en peut tirer. Il y prouve que l'Auteur doit avoir écrit dans le X. Siécle, & il a mis au bas de chaque paragraphe du Livre même, des renvois aux endroits paralleles du *Speculum Saxonicum & Suevicum.* Tout cela ſe trouve dans les *Selecta Feudalia* que j'ai déja citez.

CHAPITRE

# CHAPITRE IX.

## *De l'*Alienation *ou du tranſport de Proprieté en général.*

*Le droit d'aliener ſon bien, eſt une ſuite de la Proprieté.*

§. I. Les *Acquiſitions dérivées*, dont l'ordre veut que nous traitions maintenant, ſont, comme je l'ai déja dit, celles où la Proprieté déja établie paſſe d'une perſonne à l'autre; mais avant que d'entrer dans le détail des différentes manieres d'acquerir par cette voye, il faut dire ici quelque choſe ſur la nature du *tranſport de Proprieté* ou de l'Alienation en général (1).

Que l'on puiſſe aliener ſon bien (2) ou le tranſporter à autrui, c'eſt une ſuite de l'eſſence même de la Proprieté pleine & entiere (3). En effet le droit que donne la Proprieté, je veux dire le pouvoir qu'a le Proprietaire de diſpoſer de ſon bien à ſa fantaiſie, ſemble conſiſter principalement dans la liberté de transferer ou de céder à autrui, quand on le juge à propos, les choſes qui nous appartiennent, ſoit pour en acquerir par ce moyen d'autres qui nous accommodent mieux, ou ſimplement pour avoir occaſion d'obliger quelqu'un.

*Toute Alienation ſuppoſe le conſentement de deux perſonnes.*

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VI. §. 1, 2.

§. II. Or tout tranſport de quelque droit ou de quelque choſe, ſuppoſant deux perſonnes; l'une qui transfere, & l'autre à qui l'on transfere (a): il faut ici le *concours de deux volontez*; l'une qui donne, & l'autre qui accepte (1); car l'idée de l'Alienation emporte à la vérité principalement, que la choſe alienée eſt tranſportée à autrui du conſentement du Proprietaire, & non pas par l'effet d'une pure violence. Mais d'autre côté il ne ſeroit pas convenable de faire prendre à quelqu'un, malgré lui, ce qui eſt naturellement ſéparé de ſa perſonne. On dit bien quelquefois qu'une Hérédité, par exemple, eſt d'abord acquiſe (2) à une certaine perſonne, quoiqu'elle n'en ait encore aucune connoiſſance; mais alors la Loi par une fiction de droit, repréſente l'Héritier, & accepte, pour ainſi dire, le bien en ſon nom. Preuve de cela, c'eſt que l'Héritier peut renoncer à la Succeſſion, (3) & que s'il ne l'a pas actuellement acceptée, ou par lui-même, ou par autrui, il n'eſt tenu à rien de ce à quoi l'Hérédité engage par elle-même.

*Ce conſentement doit être exprimé par des Signes.*

§. III. De-plus, la nature de la Societé Humaine ne permettant pas d'attribuer

Ch. IX. §. I. (1) *Eſt autem* alienatio, *omnis actus per quem dominium transfertur.* Cod. Lib. V. Tit. XXIII. *De fundo dotali*, Leg. I.

(2) *Nihil enim tam conveniens eſt naturali Æquitati*, diſent les Juriſconſultes Romains, *quàm voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi.* Institut. Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſione*, §. 40.

(3) A parler exactement, on ne peut pas dire que le pouvoir d'aliener ſoit une ſuite du droit de Proprieté, puiſque c'eſt la proprieté qu'on aliene, & qu'une même choſe ne ſçauroit être la cauſe & la matiere de l'Alienation. La verité eſt, que le pouvoir de transferer ſon bien à autrui vient de la liberté naturelle que chacun a ou de conſerver ſes droits, ou d'y renoncer en faveur de qui il veut. De là vient que l'on peut aliener non ſeulement la Proprieté, mais encore tous les autres droits; à moins qu'il n'y ait quelque Loi, quelque Convention, ou quelque autre choſe ſemblable, qui reſſerre l'uſage de cette liberté dans certaines bornes. Titius, *Obſerv.* CCCXII. *num.* 2. Voyez *l'Ebauche de la Religion Naturelle* par Mr. Wollaston, *page* 231. *& ſuiv.*

§. II. (1) *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam ſive ea venditio, ſive donatio, ſive conductio, ſive qualibet alia cauſa contrahendi fuit, niſi animus utriuſque conſentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non poteſt.* Digest. Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & actionib.* Leg. LV. Voyez ce qui a été dit ci-deſſus, Liv. III. Chap. VI. §. 15.

(2) *Ipſo jure.* Comme cela a lieu ſelon le Droit Romain, quand l'Héritier eſt un Enfant ſous puiſſance paternelle, à cauſe de quoi on l'appelle *Suus & neceſſarius Heres.* In *ſuis heredibus aditio non eſt neceſſaria: quia ſtatim ipſo jure heredes exiſtunt.* Digest. Lib. XXXVIII. Tit. XVI. *De ſuis & legit. Hered.* Leg. XIV.

(3) Voyez le titre du Digeste, *De adquirenda vel amittenda hereditate*, Lib. XXIX. Tit. II. & là-deſſus les Interprétes.

aux actes interieurs de l'Ame la force de produire eux ſeuls quelque droit qui ait ſon effet par rapport à autrui; il faut en matiere d'Alienation, que l'une & l'autre des Parties, & celui qui donne, & celui qui reçoit, témoigne ſon conſentement par quelque *Signe* convenable, auquel on puiſſe le connoître clairement. Tels ſont, par exemple, un mouvement de tête, un certain geſte, des paroles ou prononcées de vive voix, ou miſes par écrit. A quoi on ajoute, en quelques endroits, une déclaration pardevant le Magiſtrat, une inſinuation ou un enregiſtrement, & autres choſes ſemblables (1).

L'Alienation ſe fait ou *purement* & *ſimplement*, ou *ſous condition*.

§. IV. Lorsque l'*Alienation* eſt *pleine & abſolue*, celui qui aliene n'a plus de droit ni de prétenſions légitimes ſur la choſe qui lui appartenoit: c'eſt une ſuite néceſſaire de l'acte même de l'Alienation. Il eſt pourtant aſſez ordinaire, que celui qui fait une ceſſion ou une renonciation dans les formes, déclare expreſſément, que ni lui ni ſes Héritiers ne prétendront plus rien déſormais à la choſe alienée, & que s'ils entreprennent de la reprendre ou d'en diſpoſer, ce ſera ſans aucun effet. Mais il arrive ſouvent, que *celui qui aliene ſe reſerve quelques prétenſions, & quelque droit caſuel*, qui a lieu en cas de certains événemens; & cela, ou parcequ'on en eſt expreſſément convenu dans l'acte même de l'Alienation, comme quand on vend une choſe ſous condition de (1) *Retrait*; ou qu'on l'aliene ſous *Clauſe* (2) *Commiſſoire*; ou qu'on en transfere ſeulement le *Domaine* (3) *utile* ou la Proprieté reſtreinte & imparfaite, comme dans la conceſſion d'un *Fief*, & dans les *Baux Emphytéotiques*: ou parceque l'Alienation renfermoit une condition tacite, qui venant à s'accomplir fait revivre le droit de l'ancien Proprietaire; ſurquoi ſont fondées l'*action* (4) *perſonnelle de l'indû*; l'*action* (5) *perſonnelle pour choſe donnée, & cauſe non enſuivie*; la répetition (6) des préſens qu'un Fiancé avoit faits à ſa Fiancée, lorſque les Nôces ne s'enſuivent point; la faculté de ſe faire rendre une Dot (7) après la diſſolution du Mariage, &c.

Si la *Délivrance* de la choſe eſt néceſſaire pour l'Alienation?

§. V. Mais la principale queſtion que l'on agite ici, c'eſt ſi par le Droit Naturel la *Délivrance de la choſe* eſt néceſſaire pour accomplir l'Alienation ou le transport de Proprieté? Je dis, *pour accomplir l'Alienation*: car d'autres ont déja remarqué, qu'on met mal-à-propos la Délivrance (1) au nombre des différentes ma-

§. III. (1) Certains ſymboles, par exemple: comme parmi les anciens *Germains*, quand on alienoit un Immeuble, on donnoit un Fêtu; ce qui s'appelloit *effeſtucatio*; ou bien on prenoit de la poudre ou quelque motte de terre du Champ, & on la jettoit dans le pan de la robe de l'Acheteur. Voyez la Note de Mr. Hertius ſur cet endroit.

§. IV. (1) Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. V. §. 4.

(2) Voyez le même endroit.

(3) Voyez ci-deſſus, Chap. IV. §. 2.

(4) *Condictio indebiti* C'eſt lorſqu'on a payé par erreur une choſe que l'on croyoit devoir, mais qui ſe trouve n'être pas dûë. Voyez Mr. Noodt, ſur le Titre du Digeſte, *De Condictione Indebiti*.

(5) *Condictio cauſâ datâ, cauſâ non ſecutâ.* C'eſt lorſque l'on redemande une choſe que l'on avoit donnée en vûë de quelque autre qui a manqué. Voyez les Interpretes ſur Digest. Lib. XII. Tit. IV. & Mr. Noodt, ſur ce Titre, auſſi bien que dans ſes *Probabil. Jur.* Lib. IV. Cap. IV. & V.

(6) Voyez là-deſſus Cod. Lib. V. Tit. I. *De ſponſalibus, & arris ſponſalitiis, & proxeneticis*; & Tit. III. *De donationibus ante nuptias, vel propter nuptias, & ſponſalitiis.* Dans l'Alcoran, comme le remarquoit plus bas notre Auteur, il eſt dit, que ſi le Fiancé répudie ſa Fiancée avant la conſommation du Mariage, elle peut garder la moitié des préſens qu'il lui avoit faits, ſi le Fiancé ne veut pas les lui laiſſer tout entiers.

(7) Voyez Digest. Lib. XXIV. Tit. III. *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.* On voit au contraire, comme le remarquoit ici notre Auteur, que *Vulcain* ayant ſurpris ſur le fait la Deeſſe *Venus* ſa femme avec le Dieu *Mars*, redemande (ἔεδνα) ce qu'il avoit donné à ſon Beaupere, pour épouſer ſa Fille; Homer. *Odyſſ.* Lib. VIII. verſ. 318. Car c'étoit la coûtume de ces tems-là. Voyez Genes. XXXIV, 12. avec la Note de Mr. Le Clerc: & celle de Mr. Perizonius ſur *Elien*, Var. Hiſtor. Lib. IV. Cap. I. page 301, 302.

§. V. (1) C'eſt un préjugé du Droit Romain. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur*, diſent les Juriſconſultes, Inſtitut. Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſione*, §. 40. Voyez ce que j'ai remarqué ſur Grotius, *Liv.* II. *Chap.* VI. §. 1. *Note* 5.

nieres d'acquérir la Proprieté, puiſque ce n'eſt autre choſe qu'un acte qui intervient dans l'Alienation des biens. Grotius (a) ſoûtient, que ſelon le Droit Naturel, les Conventions toutes ſeules ſuffiſent pour transferer la Proprieté, & que la Délivrance de la choſe n'eſt néceſſaire qu'en vertu d'un Droit Civil purement Poſitif, qui étant reçu de pluſieurs Nations, s'appelle pour cette raiſon *Droit des Gens*, dans un ſens impropre. Les Interprêtes du Droit Romain prétendent, au contraire, que la Délivrance eſt abſolument néceſſaire, (2) & que ſans cela les Conventions les plus expreſſes ne font pas changer de maître à une choſe. La raiſon en eſt, ſelon eux, que la Proprieté ayant commencé par une poſſeſſion naturelle ou corporelle, on ne ſauroit tranſporter ce droit ſans un acte qui mette celui à qui on le céde en état de s'approprier de la même maniere la choſe dont on ſe défait en ſa faveur. Surquoi d'autres remarquent, que dans l'Acquiſition Primitive, c'eſt-à-dire, qui ſe fait par droit de Premier Occupant, il n'y a point de différence entre le titre ou le fondement de la Proprieté, & la maniere d'acquérir la Proprieté : au lieu que dans les Acquiſitions Derivées, ces deux choſes ſont toûjours diſtinguées. Car, diſent-ils, la Délivrance & la priſe de poſſeſſion ſont la maniere dont la Proprieté ſe transfere, ou plûtot les actes qui interviennent dans ce tranſport : mais (3) la Donation, par exemple, ou le Contract de Vente, &c. ſont les titres en vertu deſquels la Proprieté paſſe d'une perſonne à l'autre. Nous avons néanmoins fait voir ailleurs, que la priſe de poſſeſſion toute ſeule n'eſt pas un titre ſuffiſant de Proprieté, & que pour lui donner de la force, (4) il faut une Convention antécédente. D'autres tiennent ici un milieu, (5) & niant d'un côté, que la Délivrance ſoit néceſſaire par le Droit Naturel, ils aſſurent de l'autre, qu'il eſt très-conforme à la Raiſon d'établir pour régle que la Proprieté d'une choſe ne ſoit pleinement transferée que par la Délivrance, puiſque ſans la priſe de poſſeſſion corporelle on ne ſauroit uſer du droit que l'on a acquis.

(a) Liv. II. Chap. VI. §. 1. & Chap. VIII. §. 25. &c.

La Proprieté ſe conſidere, ou comme accompagnée, ou comme ſéparée de la Poſſeſſion.

§. VI. Pour moi, il me ſemble qu'il eſt aiſé de décider clairement la queſtion, en diſtinguant deux différentes manieres d'enviſager la Proprieté, ou comme une qualité purement Morale, en vertu de laquelle une choſe appartient à quelqu'un, qui par conſéquent a droit d'en diſpoſer; ou comme accompagnée d'un pouvoir Phyſique, qui met le Proprietaire en état de diſpoſer actuellement de la choſe, ſelon qu'il le juge à propos. Ou ce qui revient à la même choſe, on conſidere la Proprieté ou en faiſant abſtraction de la Poſſeſſion, qui en eſt l'entier accompliſſement, & qui la rend capable de produire pleinement & actuellement ſes effets directs; ou comme jointe avec elle. Mais avant que d'appliquer cette diſtinction au ſujet dont il s'agit, il ne ſera pas hors de propos de dire quelque choſe en general de la nature de la Poſſeſſion.

Ce que c'eſt que la *Poſſeſſion*, & de combien de ſortes il y en a.

§. VII. Par le mot de Possession on n'entend pas ici toute ſorte de déten-

(2) *Traditionibus & uſucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* Cod. Lib. III. *De Pactis*, Leg. XX. Voyez auſſi Digest. *Lib.* VI. Tit. I. *De rei vindicatione*, Leg. L. & le Code, au même Titre, *Lib.* III. *Tit.* XXXII. *Leg.* XV. XVI. comme auſſi Lib. IV. Tit. XXXIX. *De heredit. vel actione vendita*, Leg. VI.

(3) *Numquam nuda traditio transfert dominium : ſed ita, ſi venditio, aut aliqua juſta cauſa praceſſerit, propter quam traditio ſequeretur.* Digest. Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rerum dominio*, Leg. XXXI. *princip.* Voyez Vinnius, ſur les *Inſtitut.* Lib. II. Tit. I. §. 40.

(4) On a prouvé le contraire ci-deſſus, Chap. IV. §. 4. Note 4. Voyez ci-deſſous, §. 8. Not. 1. Mais le titre d'ailleurs eſt ici ſuffiſamment diſtingué de la maniere d'acquérir la Proprieté; car il conſiſte dans le droit que chacun a aux choſes communes, en vertu duquel il s'approprie ce dont il s'eſt emparé le premier.

(5) Ceci eſt tiré d'un paſſage de Lessius, que l'on trouve cité dans le Commentaire de Boecler ſur Grotius, Lib. II. Cap. 6. *page* 205, 206.

tion, comme quand par exemple, une choſe qui appartient à autrui, eſt entre nos mains (1) ou pour la garder, ou pour en prendre ſoin, ou par emprunt, ou à uſufruit; mais ſeulement une détention accompagnée de la volonté de réputer ſien, & de faire regarder comme tel aux autres ce que l'on a en ſa puiſſance (2).

Il y a de deux ſortes de Poſſeſſion: l'une (3) *Naturelle*; & l'autre, *Civile*: diviſion que l'on explique ou par rapport à la maniere de poſſeder, ou par rapport au fondement en vertu duquel on poſſede. Au premier égard, la *Poſſeſſion Naturelle* conſiſte en ce que l'on a non ſeulement intention de regarder une choſe comme ſienne, mais encore qu'on la tient actuellement & corporellement, pour ainſi dire, entre ſes mains. La *Poſſeſſion Civile*, au contraire, ſe réduit à l'intention ſeule de conſerver la proprieté d'une choſe qui n'eſt pas actuellement en nôtre puiſſance. Car les Loix Civiles accordent en certains cas les émolumens de la Poſſeſſion, à ceux-là mêmes qui n'ont pas (4) la détention corporelle de leur bien. A l'autre égard dont je viens de parler, la *Poſſeſſion Naturelle* emporte l'intention de s'attribuer en propre une choſe que l'on tient en ſa puiſſance, mais ſans avoir aucun titre légitime qui donne lieu de croire qu'elle nous appartient véritablement. La *Poſſeſſion Civile* au contraire, eſt accompagnée, outre l'intention, d'une perſuaſion raiſonnable, fondée ſur quelque titre qui ſuffit pour qu'on ait lieu de ſe croire légitime maître de ce dont on eſt ſaiſi. Et cela ſe préſume ordinairement dans tous les cas où les Loix Civiles favoriſent le Poſſeſſeur (a).

(a) Voyez *Polyb.* Lib. XII. C. VII.

On ne poſſede, à proprement parler, que les *Choſes Corporelles* (5), qui ſont ou Mobiliaires, ou Immeubles. Mais les *Choſes Incorporelles*, ou les droits, ſe poſſedent auſſi en quelque maniere par l'uſage qu'on (6) en fait, ou par le pouvoir qu'on a de s'en ſervir ſi l'on veut. On poſſede auſſi par analogie les billets d'Obligation, en vertu deſquels ont peut demander quelque choſe en Juſtice.

§. VII. (1) *Denique* [ *ait* ] *ab eo, apud quem depoſita eſt, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum ſervandorum cauſa, vel dotis, ventriſque nomine in poſſeſſione eſſet, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non poſſident, vindicari non poſſe.* Digest. Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicatione*, Leg. IX. Voyez Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Leg. III. §. 20.

(2) *Et apiſcimur poſſeſſionem corpore & animo; neque per ſe animo, aut per ſe corpore.* Digest. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſione*, Leg. III. §. 1. *Is qui pignori accepit, vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione: licet enim juſtè poſſideant, non tamen opinione domini poſſident* Digest. Lib. IX. Tit. IV. *De noxal. actionib.* Leg. XXII. §. 1. Voyez les *Obſervations* de Cujas, Lib. IX. Cap. XXXIII. Au reſte, il y a ici de grandes diſputes, qui ne ſont peut-être pour la plûpart que des Logomachies, entre les Juriſconſultes Romains, & plus encore entre leurs Interprêtes; les uns attachant une certaine idée au terme de *Poſſeſſion*, & les autres, une autre; auſſi-bien qu'à la diviſion de *Poſſeſſion Naturelle*, & *Poſſeſſion Civile.* Voyez Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv III. Tit. VII. & Mr. Titius, Obſ. *in Lauterbach.* MXXII. *& ſeqq.* comme auſſi dans ſon *Jus Privatum Romano-Germ. Lib.* II. Cap. VII. VIII. & Mr. Thomasius, *Not.e in Dig. Tit.* De adquir. vel amitt. poſſeſſ. *page* 311, 312.

(3) *Ut poſſeſſio non ſolum civilis, ſed etiam naturalis intelligatur.* Digest. Lib. XLI. Tit. V. *Pro herede, vel pro poſſeſſore*, &c. Leg. II. §. 1.

(4) Voyez ci-deſſus, Chap. VI. §. 12. *Note* 10.

(5) C'eſt une diſtinction du Droit Romain. On entend par *Choſes Corporelles* tout ce qui tombe ſous les ſens, & qui peut être touché, comme un Fonds de terre, un Homme, un habit, une piéce d'Or ou d'Argent, &c. Au lieu que les *Choſes Incorporelles* ne ſont point ſenſibles, & ne conſiſtent qu'en un certain droit que l'on a: Telle eſt une Hérédité, une Obligation, une Hypothéque, un Uſufruit, une Servitude, &c, *Corporales hæ ſunt, quæ tangi poſſunt: veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea, quæ in jure conſiſtunt: ſicuti hereditas, uſusfructus, uſus & obligationes quoquo modo contractæ.* Institut. Lib. II. Tit. II. §. 1. 2. Ciceron, dans ſes *Topiques*, appelle les premieres, des choſes qui exiſtent réellement; & les autres, des choſes qui n'exiſtent que dans notre Eſprit. *Eſſe ea dico, quæ cerni tangive poſſunt, ut fundum, ædes, parietem, ſtillicidium, mancipium, pecudem, ſupellectilem, penus, cetera.... Non eſſe rurſus ea dico, quæ tangi demonſtrarive non poſſunt, cerni tamen animo atque intelligi poſſunt: ut, ſi uſucapionem, ſi tutelam, ſi gentem, ſi agnationem definias, quarum rerum nullum ſubeſt quaſi corpus; eſt tamen quædam conformatio inſignita, & impreſſa intelligentia, quam notionem voco.* Cap. V. Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. II. Cap. III.

(6) *Ego puto, uſum ejus juris pro traditione poſſeſſionis accipiendum eſſe.* Digest. Lib. VIII. Tit. I. *De ſervitutib.* Leg. XX. Voyez Mr. Noodt, *De Uſufr.* Lib. II. Cap. 2.

Pour être en poſſeſſion d'une choſe, il faut néceſſairement que par ſoi-même, ou bien par quelque autre perſonne (7) agiſſant en nôtre nom, on ſe ſoit ſaiſi corporellement, autant que la nature de la choſe le permet, ou de la choſe même, ou de ce qui en eſt une marque & un gage, ou des inſtrumens qui ſervent à la tenir ſerrée; & par conſéquent qu'elle ait été miſe en nôtre puiſſance, enſorte que l'on ſoit en état d'en diſpoſer actuellement. Surquoi il eſt bon de remarquer, que ſi la choſe ſe trouve compoſée de pluſieurs corps unis & liez enſemble, il ſuffit d'en occuper une partie, avec intention de s'approprier en même tems le reſte, pour être cenſé avoir occupé le tout, ſuppoſé qu'il n'y ait rien qui ſoit encore à un autre maître. Lors, par exemple, que l'on veut prendre poſſeſſion d'un Fonds de terre ou d'une Maiſon, il n'eſt pas néceſſaire de poſer le pié ſur chaque Motte de terre, ou dans chaque Chambre; il ſuffit (8) de ſe tranſporter ſur le lieu, & d'y entrer tant ſoit peu de quelque côté que ce ſoit. Mais s'il s'agit d'un Tout compoſé de parties ſéparées les unes des autres, tel qu'eſt, par exemple, un Troupeau, & que les parties ſe trouvent diſperſées en différens lieux; (9) en ce cas-là, il faut ſe rendre maître ſéparément de chacune: car ſi elles étoient raſſemblées en un ſeul endroit, il n'y auroit qu'à en prendre une ſeule pour être cenſé entrer en poſſeſſion de toutes les autres, comme ſi elles étoient naturellement jointes enſemble. Pour les *Choſes incorporelles*, ſi elles ſont attachées à une Choſe Corporelle dont le Proprietaire veut ſe défaire en nôtre faveur, du moment qu'on a pris poſſeſſion de la derniere, on eſt cenſé auſſi en poſſeſſion des premieres. Que ſi elles ſont attachées à un bien qui demeure toûjours à autrui, on en reçoit, pour ainſi dire, l'inveſtiture lorſqu'on eſt introduit dans le lieu, (10) par exemple, ſur lequel on doit avoir quelque droit ou quelque Servitude; ou lorſqu'on (b) exerce actuellement les actes & les fonctions qui ſont une ſuite de ce droit. A l'égard des *Droits Négatifs* (11), on tient pour une priſe de poſſeſſion, de défendre une choſe à quelqu'un, ou de s'oppoſer à ce qu'il ne la faſſe, enſorte qu'il acquieſce aux défenſes ou à l'oppoſition de la Partie intéreſſée.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XIX. Tit. I. *De actionib. empti & venditi*, Leg. III. §. 2.

Mais, quoique toute priſe de Poſſeſſion demande néceſſairement que l'on ſe ſaiſiſſe corporellement de la choſe, ou que l'on exerce à ſon égard les actes dont nous venons

(7) *Generaliter quiſquis omnino noſtro nomine ſit in poſſeſſione, veluti procurator, hoſpes, amicus: nos poſſidere videmur.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Leg. IX.

(8) *Non utique ita accipiendum eſt, ut qui fundum poſſidere velit, omnes glebas circumambulet: ſed ſufficit quamlibet partem ejus fundi introire; dum mente & cogitatione hac ſit, uti totum fundum uſque ad terminum velit poſſidere.* Ibid. *Leg.* III. §. 1.

(9) Ceci ſuit des principes du Droit Romain, ſur leſquels notre Auteur raiſonne ici, ſans qu'il ſoit neceſſaire de l'inferer de la Loi XXX. §. 2. du Titre du DIGEST. *De Uſurp. & Uſucap.* comme on fait ordinairement; outre qu'il s'agit là d'une autre ſubtilité des anciens Juriſconſultes, par rapport à l'*Uſucapion* ou la Preſcription: car ils veulent qu'on ne ſoit point cenſé poſſeder tout le Troupeau, mais chaque Bête en particulier; afin que s'il s'y en trouve quelqu'une de volée, elle ne puiſſe point être acquiſe de cette maniere par le Maître du Troupeau. Mais lorſque toutes en general & chacune en particulier lui appartiennent véritablement, comme elles font un ſeul Tout, quoique compoſé de parties ſéparées les unes des autres; ſi elles ſe trouvent raſſemblées en un même lieu, il ne paroit pas plus néceſſaire, ſelon le Droit Romain, de les prendre toutes une par une, que de poſer le pied ſur chaque Motte de terre d'un Fonds. Au reſte, notre Auteur ſemble avoir ici eu devant les yeux, comme en d'autres endroits, le *Syntagma Jur. Civ.* de GEORGE ADAM STRUVIUS. Voyez l'*Exercitat.* XLII. de ce Livre, §. 16.

(10) *Dare autem* [heres uſumfructum] *intelligitur, ſi induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.* DIGEST. Lib. VII. Tit. I. *De uſufructu*, &c. Leg. III. *princip.*

(11) C'eſt-à-dire, qui conſiſtent à empêcher qu'une perſonne ne faſſe certaines choſes. Comme, en matiere de *Servitudes*, ſi l'on a, par exemple, défendu à ſon Voiſin de bâtir ſur ſon Fonds, ou d'y faire quelque autre choſe qui nous incommode, & qu'il ait acquieſcé aux défenſes pendant un tems aſſez long pour prendre droit ſur ſa complaiſance. Voyez encore ici le *Syntagma* de STRUVIUS, en l'endroit cité, §. 15. & *Exercit.* XIII. §. 36. & *ſeqq.*

(c) Voyez-en des exemples dans *Grotius*, Liv. II. Chap. VIII. §. 25.

de parler ; les Loix Civiles peuvent néanmoins établir que la (c) Proprieté paſſe de droit à quelqu'un ſans tout cela, enſorte qu'il ait action contre le Détenteur injuſte de la choſe, pour la repéter d'entre ſes mains avec le même effet & la même force que s'il l'avoit déja poſſedée corporellement.

De-plus, comme pour acquérir la Proprieté par droit de Premier Occupant, il ſuffit que la choſe ſoit ſans maître ; de même, pour transférer à quelqu'un une choſe, avec pouvoir d'en diſpoſer déſormais, il ſuffit de s'être défait en ſa faveur de cette choſe, & de ne plus la garder, enſorte qu'il ne tienne (d) qu'à lui de s'en ſaiſir ; car il n'eſt pas plus néceſſaire de la lui mettre ſoi-même entre les mains, que de mâcher le morceau à une perſonne, & de le lui porter à la bouche, pour être en droit de dire qu'on lui a donné à manger.

(d) Voyez *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. II. Leg. I. §. 21. & Leg. LI.

En quel ſens les Conventions ſuffiſent pour acquerir la Proprieté ?

§. VIII. Cela poſé, il eſt clair que les Conventions toutes ſeules ſuffiſent pour faire paſſer d'une perſonne à l'autre la Proprieté conſidérée purement & ſimplement comme une qualité Morale détachée de la Poſſeſſion (1). Mais lorſque l'idée de la Proprieté renferme de plus un pouvoir phyſique, qui met en état de faire actuellement uſage de ce droit, il faut, outre l'accord mutuel, que la choſe même ſoit délivrée ; c'eſt une ſuite des maximes naturelles de la Raiſon, & non pas des ſeuls réglemens du Droit Poſitif. Il ne s'enſuit pourtant pas de là, qu'avant la délivrance l'auteur de l'Aliénation conſerve je ne ſçai quelle Proprieté imparfaite ſur la choſe alienée, à moins que l'on ne veuille, dans un ſens fort impropre, donner le nom de Proprieté à un ſimple pouvoir phyſique de diſpoſer actuellement d'une choſe, ou à une pure détention de fait, deſtituée de tout droit ; car auſſi-tôt que l'accord eſt entierement conclu, c'eſt-à-dire, qu'on eſt convenu de transférer ſon droit à quelqu'un ; la choſe lui appartient dès-lors, & commence, pour ainſi dire, d'exiſter en ſa faveur & à ſon profit ; deſorte que l'on ne ſauroit déſormais exercer légitimement, par rapport à cette choſe, d'autre acte que celui de la délivrance, qui ſert à mettre l'Acquéreur en poſſeſſion, & que ſi l'on en diſpoſe d'une autre maniere, c'eſt une pure diſpoſition de fait, & nullement de droit. La Délivrance même n'eſt pas, à parler exactement, le dernier acte de Proprieté ; mais un ſimple deſſaiſiſſement & un abandonnement corporel de la choſe alienée. En effet, comme un Magiſtrat, en ſe démettant de ſa Charge, n'exerce point un acte du pouvoir qu'elle lui donnoit, la Délivrance n'eſt pas non-plus un acte du droit de Proprieté ; outre que celle-là ſe fait par une néceſſité d'Obligation, au lieu que celle-ci s'exerce avec une pleine & entiere liberté. Mais quoique du moment qu'on a transféré à autrui un plein droit ſur une choſe qui nous appartenoit, elle ne puiſſe plus paſſer pour nôtre, il n'eſt pourtant pas tout-à-fait indifférent de l'avoir encore entre ſes mains, ou de s'en être deſſaiſi dans celles de l'Acquéreur ; car outre que dans le premier cas l'Acquéreur ne peut point encore ſe ſervir de la choſe alienée, ſi on refuſe de la lui délivrer, il faut qu'il ait recours à la force pour s'en mettre en poſſeſſion. Et alors, il eſt non ſeulement

§. VIII. (1) Il eſt conſtant, que dans cette Queſtion tout le monde entend le pouvoir Moral, ou le droit de diſpoſer d'une choſe qui nous appartient ; & perſonne ne douta jamais, que pour exercer actuellement ce droit, il faille être en poſſeſſion de la choſe. Ainſi la diſtinction de notre Auteur eſt fort inutile, & il valloit mieux ſoûtenir ſans détour l'affirmative. En effet, ſelon les maximes même du Droit Civile, la poſſeſſion une fois établie ne demande pas, pour ſe conſerver, une détention continuelle, & il n'eſt pas néceſſaire d'avoir toûjours ſous ſa main ou ſous ſes yeux les choſes que l'on poſſede. *Licet poſſeſſio nudo animo adquiri non poſſit, tamen ſolo animo retineri poteſt.* Cod. Lib. VII. *Tit.* XXXII. *Leg.* IV. Pourquoi donc ne pourroit-on pas acquérir la Proprieté, qui eſt un droit purement moral, par l'effet d'un ſimple accord, & ſans aucune priſe de poſſeſſion ? Voyez Balthasar Whernher. *Elem. Jur. Nat. & Gent.* Cap. XIV. §. 50.

(2) *Jus*

ſeulement réduit à ſe paſſer pour quelque tems de ce qui lui appartient ; mais encore, s'il a affaire à des Juges ou corrompus, ou ignorans, ou peu attentifs, il court riſque de perdre ſa cauſe, quelque bonne qu'elle ſoit, & d'être obligé d'acquieſcer bongré malgré qu'il en ait à une ſentence injuſte : ou bien, s'il vit dans l'indépendance de l'Etat de Nature, il faudra qu'il en vienne à décider la querelle par un combat périlleux. C'eſt pour cela, que par les Loix Romaines ; les Contracts d'Alienation donnent ſeulement *droit* (2) *à la choſe* ; comme ſi, avant la délivrance, la choſe étoit hors de nous, & que l'on eût ſimplement droit de ſe l'appliquer & de ſe l'approprier : au lieu qu'après le dernier accompliſſement de la Proprieté, par une priſe de poſſeſſion corporelle, on acquiert *droit ſur la choſe* qui eſt alors attachée, pour ainſi dire, à nôtre perſonne. Les mêmes Loix néanmoins ſuppléent quelquefois au défaut de Poſſeſſion, comme, par exemple, lorſqu'elles mettent au rang des *droits ſur la choſe*, le droit de Succeſſion (3) ; c'eſt-à-dire, celui qu'a un Héritier ſur les biens du Défunt, avant même que d'en être en poſſeſſion. Mais de quelque maniere qu'on eût *droit ſur la choſe*, les Loix Romaines donnoient pour ce ſujet (4) *action réelle* ; comme, au contraire,

(2) *Jus ad rem.* Cette diſtinction ne ſe trouve pas en autant de termes dans le Corps du Droit Romain, comme notre Auteur ſemble le ſuppoſer ici ; mais elle eſt du Droit Canonique, qui l'employe au ſujet de la collation des Bénefices. *Jus vero, quod ſecundo* AD PRÆBENDAM, NON IN PRÆBENDA, *hujuſmodi competebat*, &c. DECRETAL. Lib. III. Tit. IV. *De Præbendis & Dignit.* in VI. Can. XL. *Quarum* [gratiarum] *ratione tunc non erat ad collationem proceſſum, & ſic per conſequens* JUS IN RE *non fuerat ipſis impetrantibus adquiſitum*, &c. Ibid. Tit. VII. *De conceſſione Præbendæ*, &c. Can. VIII. *Per ordinationem ſeu diviſionem noſtram præ ictam* JUS AD REM *exſpectantibus*, &c. Extravag. Joann. XXII. Tit. IV. *De conceſſ. Præbend.* Cap. I. Voyez une Diſſertation de Mr. THOMASIUS, intitulée, *Philoſophiæ Juris de Obligat. & Actionibus*, Cap. II. §. 115. C'eſt la III. parmi ſes Diſputes de *Leipſic*. Les Interprêtes du Droit Romain ont donc emprunté du Droit Canonique leur *Jus in re & ad rem*, & ils appliquent cette diſtinction à ce que diſent les anciens Juriſconſultes, que les Conventions toutes ſeules ne transférent point la Proprieté, & qu'il faut, pour cela, que la choſe ait été délivrée, ou que l'on en ſoit en poſſeſſion depuis un certain tems, comme il arrive dans la Preſcription. Voyez la Loi citée ci-deſſus, §. 5. Note 2. Or de-là il s'enſuit, que quand on a, par exemple, paſſé un Contract de Vente, on n'acquiert encore aucun droit ſur la choſe même (*jus in re*), mais ſeulement le droit d'obliger l'autre Contractant à nous la délivrer, afin que l'on puiſſe en prendre poſſeſſion, & par ce moyen y acquerir quelque droit : c'eſt ce que les Interprêtes appellent *jus ad rem*, comme qui diroit, *droit d'avoir ou d'acquérir la choſe* ; au lieu que par *jus in re*, ils entendent le droit qu'on a déja acquis ſur la choſe.

(3) Mais, ſelon le Droit Romain, l'Heritier même n'a pas la Poſſeſſion Civile, avant que de s'être ſaiſi corporellement des biens de l'Hérédité : *Quum heredes inſtituti ſumus, aditâ hereditate, omnia quidem jura ad nos tranſeunt : poſſeſſio tamen, niſi naturaliter comprehenſa, ad nos non pertinet.* DIGESTE. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. poſſ.* Leg. XXIII. Voyez là-deſſus CUJAS, Opp. Tome VIII. page 307.

(4) *Action Perſonnelle*, c'eſt lorſque l'on pourſuit en Juſtice une perſonne qui eſt obligée de donner ou de faire quelque choſe en notre faveur, en vertu d'une Obligation propre & particuliere où elle ſe trouve, ſoit par un engagement où elle eſt volontairement entrée, c'eſt-à-dire, par une Promeſſe, ou par un Contract ; ſoit par un Crime, ou par un Délit, comme quand elle nous a volé, ou endommagé notre bien, &c. Et cette Obligation eſt tellement perſonnelle, que l'on ne peut point s'en prendre à un tiers, qui ſe trouve poſſeſſeur, à titre legitime, de la choſe dûë, avant qu'elle nous ait été actuellement remiſe. Par exemple, ſi un Marchand, apres m'avoir vendu une Etoffe, la vend & la délivre en même tems à un autre, je n'ai nul droit de prétendre que le ſecond Acheteur me cede l'Etoffe ; mais les Loix Romaines me donnent action contre le Vendeur, pour dédommagement du prejudice qu'il m'a cauſé. Voyez DIG. Lib. VI. Tit. II *De Publiciana in rem actione.* Leg. IX. §. 4. & COD. Lib. IV. Tit. XXXIX. *De hereditate vel actione vendita*, Leg. VI. L'*Action Réelle* au contraire, c'eſt lorſque l'on s'en prend, pour ainſi dire, à la choſe même, comme nous appartenant déja pleinement ; deſorte qu'on eſt en droit de la redemander à quiconque l'a entre les mains, & que ſi le Défendeur eſt tenu de nous la rendre, ce n'eſt point par une Obligation particuliere & perſonnelle, mais en vertu de l'Obligation generale où chacun eſt de reſtituer le bien d'autrui. Cette ſorte d'action s'appelle *Vindicatio*, ou même *Petitio* ſimplement : au lieu que l'*action perſonnelle* eſt deſignée ordinairement par le nom de *Condictio. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud Judices arbitroſve de quacunque re quæritur, ſumma diviſio in duo genera deducitur : aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Namque agit unuſquiſque aut cum eo, qui ei obligatus eſt, vel ex contractu, vel ex maleficio : quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit adverſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibuſdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus eſt, movet tamèn alicui de aliqua re controverſiam : quo caſu proditæ actiones in rem ſunt : veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam* Titius *ſuam eſſe adfirmet, poſſeſſor autem dominum ejus ſe eſſe dicat. . . . . Appellamus autem in rem quidem actiones*, vindicationes : *in perſonam verò. . . .* conditiones. INSTITUT. Lib. IV. Tit. VI. §. 1. & 15. Dans les premieres *res, non perſona convenitur*, comme diſent les Juriſconſutes Romains, DIGEST. Lib. XLIX. Tit. XIV. *De jure Fiſci*, Leg. XIX.

elles ne donnoient qu'*action perſonnelle* pour le *droit à la choſe*. Et la raiſon en étoit, que lorſqu'une choſe a pleinement appartenu à quelqu'un, il n'a qu'à la pourſuivre & la reprendre partout où il la trouve, ſans qu'il ſoit néceſſaire que celui qui la détient ait contracté une nouvelle & particuliere Obligation qui l'engage à la lui rendre. Au lieu que, quand la choſe alienée n'a pas été entierement appropriée & attachée, pour ainſi dire, à l'Acquereur, & que celui-ci peut ſeulement exiger qu'on l'en rende maître; il faut qu'il attaque l'autre perſonnellement, pour le contraindre à s'en deſſaiſir, & à la lui remettre, entant qu'en lui eſt, comme il s'y eſt engagé. Du reſte, quoique ſelon la maxime commune ce ſoit moins d'avoir ſimplement action contre quelqu'un que d'avoir la choſe même, il eſt certain que le *droit à la choſe* & les actions perſonnelles augmentent un patrimoine: comme au contraire, il eſt ridicule de mettre au nombre de ſes biens ce que l'on doit en vertu d'une Obligation parfaite, quoiqu'on le détienne encore corporellement. Ainſi un homme qui ayant mille Ecus, en doit mille, n'a rien du tout; & s'il doit plus qu'il n'a, il a moins que rien; car, comme le diſent très-bien les Juriſconſultes Romains, (5) *on eſt cenſé n'avoir point ce que l'on doit à autrui.*

Il y a une *Délivrance effective*, & une *Délivrance feinte.*

§. IX. IL faut remarquer encore, qu'il y a une *Délivrance réelle ou effective*, & une *Délivrance feinte*, ou comme on parle autrement, faite par (1) *main bréve*, c'eſt-à-dire, pour éviter des circuits inutiles. Cette derniere a lieu entr'autres dans les cas ſuivans. 1. Lorſqu'en faiſant donation de ſon bien à quelqu'un, on s'en réſerve pour quelque tems l'uſufruit (2): car on eſt cenſé mettre dès ce moment le Donataire en poſſeſſion de la choſe. L'uſage eſt pourtant aujourd'hui, en matiere de certaines Donations, que le Donateur livre au Donataire les Clefs de la choſe donnée, après quoi celui-ci les remet auſſi-tôt entre les mains du Donateur. 2. Lorſque l'on transfére la Proprieté à une perſonne qui eſt déja en (3) poſſeſſion de la choſe. 3. Lorſque (4) l'on vend, que l'on donne, ou que l'on aſſigne en dot à quelqu'un une choſe qu'il avoit entre les mains par emprunt, à louage ou en dépôt. 4. Il y a encore une eſpece de Délivrance feinte, qui ſe fait par (5) *Délégation;* c'eſt-à-dire, lorſqu'un homme, par exemple, voulant me donner ou me payer cent écus, je lui dis de les

(5) *Id ei abeſſe videtur, in quo obligatus eſt.* DIGEST. Lib. III. Tit. V. *De negotiis geſtis*, Leg. XXVIII.

§. IX. (1) Je ſoupçonne qu'il y a ici quelque choſe d'omis ou par la faute des Imprimeurs, ou par l'inadvertence de l'Auteur; quoique toutes les Editions ſoient parfaitement conformes en cet endroit. Car, outre que l'Auteur traite enſuite de la Délivrance qui ſe fait *par main longue*, ſans dire ſi c'eſt une *Délivrance réelle*, ou une *Delivrance feinte*, ou plûtôt d'une maniere à faire croire qu'il la regarde comme une eſpece de la derniere puiſqu'il ne dit rien de l'autre, la ſuppoſant trop connuë; outre cela, dis-je, les Juriſconſultes, de qui il a emprunté cette diſtinction, rapportent à la *Délivrance feinte* celle qui ſe fait par *main longue*, auſſi-bien que celle qui ſe fait par *main bréve;* la *Délivrance réelle* conſiſtant, ſelon eux, dans un acte corporel par lequel on remet la choſe, pour ainſi dire, de la main à la main. Ainſi il ſe pourroit bien faire que notre Auteur eût écrit, ou du moins voulu écrire: *quæ* [ vel lingua, vel *brevi manu fieri dicitur*. J'ai d'autant plus lieu de le croire, qu'il ſemble encore ici avoir copié STRUVIUS, qui diſtingue ainſi la *Délivrance feinte*, dans ſon *Syntagm. Jur. Civil.* Exercit. XLI. §. 57. Au reſte, on trouve le mot de *brevi manu* en ce ſens, DIGEST. Lib. XXIII. Tit. III. *De jure dotium*, Leg. XLIII. §. 1.

(2) *Quiſquis rem aliquam donando, vel in dotem dando,* [ *vel vendendo,* ] *uſumfructum ejus retenuerit: etiamſi ſtipulatus non fuerit, eam continuò tradidiſſe credatur, nec quid ampliùs requiratur, quo magis videatur facta traditio.* COD. Lib. VIII. Tit. LIV. *De donationib.* Leg. XXVIII.

(3) *Si rem meam poſſideas, & eam velim tuam eſſe: fiet tua, quamvis poſſeſſio apud me non fuerit.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rer. dominio*, Leg. XXI.

(4) *Interdùm etiam, ſine traditione, nuda voluntas domini ſufficit ad rem transferendam. Veluti ſi rem, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te depoſui, vendidero tibi: licet enim ex ea cauſa tibi non tradiderim, eo tamen quod patior eam ex cauſa emptionis apud te eſſe, tuam efficio.* Ibid. *Leg.* IX. §. 5. *Veluti ſi rem, quam tibi aliquis commodaverit. . . . poſtea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit.* INSTITUTES Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſ.* §. 43.

(5) Voyez DIGEST. Lib. XXIV. Tit. I. *De Donat. inter Vir. & Uxorem*, Leg. III. §. 12, 13. & ce que l'on dira ci-deſſous, Livre V. Chap. XI. §. 13.

compter à un tiers : car c'eſt comme ſi je les avois d'abord reçus moi-même, & que je les euſſe enſuite remis au tiers.

La *Délivrance* ſe fait, au contraire, par *main* (6) *longue*, lorſqu'on ne met pas la choſe immédiatement entre les mains de quelqu'un, & qu'on ſe contente de la lui faire voir ou de près ou de loin (7) ; car en ce cas-là on la lui délivre, entant qu'en nous eſt, puiſqu'on s'en deſſaiſit & qu'on la lui préſente, deſorte qu'il ne tient qu'à lui de la prendre. On rapporte encore ici la formalité de remettre à l'Acquéreur quelque marque de la délivrance, ou quelque inſtrument qui ſert à garder la choſe alienée ; comme, par exemple, une Clé (8). Pour les Médailles, ou autres ſemblables préſens que l'on jette au Peuple, on ne ſe propoſe pas proprement d'abandonner ces choſes jettées, enſorte qu'après cela celui qui en peut attrapper quelqu'une l'acquiére par droit de premier occupant : (9) mais c'eſt une eſpece de Donation indéterminée, faite en général à une Multitude, avec intention (a) que chacune des choſes données ſoit tenue pour livrée à quiconque s'en ſaiſira le premier. Quelquefois auſſi on jette de ſimples marques, afin que ceux qui les préſenteront enſuite reçoivent ce qu'elles ſignifient, & dont elles étoient un gage aſſuré. C'eſt ainſi que l'Empereur *Titus* faiſoit jetter au Peuple, dans les Jeux qu'il lui donnoit, de petites Boules de bois ſur leſquelles il y avoit des écriteaux, dont les uns marquoient des Viandes, les autres des Habits, les autres des piéces d'Or, les autres des Chevaux, les autres du Bêtail, les autres des Eſclaves, &c. deſorte qu'en préſentant aux Diſtributeurs la Boule qu'on avoit attrappée, on recevoit d'eux ce que portoit l'écriteau. (b).

(a) Voyez pourtant ce que dit *Céſar*, lorſqu'il donne à ſes Soldats le butin fait ſur l'Ennemi, dans *Lucain*, Pharſal. Lib. VII. verſ. 739, 740.

(b) *Zonar.* Lib. XI. Cap. 18. *gag.* 579. *Edit. Pariſ.* Voyez *Boëcler* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. VI §. 2. pag. 295.

(6) Comme quand on compte de l'argent à quelqu'un ſur une Table : *Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, ſi in conſpectu meo ponere te jubeam : efficitur ut & tu ſtatim libereris, & mea eſſe incipiat. Nam tum quod à nullo corporaliter ejus rei poſſeſſio detineretur, adquiſita mihi, & quodammodo* manu longuâ *tradita exiſtimanda eſt.* Digest. *Lib.* XLVI. *Tit.* III. *De ſolutionibus & liberationibus, Leg.* LXXIX. Voyez auſſi *Lib.* XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſione*, Leg. I. §. 21. LI. & les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. II. Cap. VI. num. 5. & *ſeqq.* où il fait voir auſſi que la préſence de la choſe n'eſt pas toûjours néceſſaire, par le Droit Romain, pour qu'elle ſoit cenſée délivrée à celui en faveur de qui l'on s'en défait.

(7) Si, par exemple, celui qui m'a vendu un Champ, me le montre d'une Tour de ma Maiſon, déclarant en même tems qu'il me le remet, c'eſt tout de même que ſi je m'étois tranſporté ſur le lieu, & que j'euſſe mis le pied dans le Champ. *Aut ſi vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonſtret, vacuamque ſe poſſeſſionem tradere dicat : non minus poſſidere cœpi, quàm ſi pedem finibus intuliſſem.* Digest. Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Leg. I. §. 21.

(8) *Item ſi quis merces in horreo repoſitas vendiderit, ſimulatque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.* Digest. *Lib.* XLI. *Tit.* I. *De adquir. rer. domin. Leg.* IX. §. 6. & Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. LXXIV. Voyez auſſi Cod. Lib. VIII. Tit. LIV. *De donationibus*, Leg. I.

(9) *Hoc amplius, interdùm & in certam perſonam collata voluntas domini transfert rei proprietatem : ut ecce, Prætores & Conſules, cùm miſſilia jactant in vulgus, ignorant quod eorum quiſque ſit excepturus ; & tamen quia volunt quod quiſque acceperit, ejus eſſe, ſtatim eum dominum efficiunt.* Instit. Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſ.* §. 45. Digest. *Lib. XLI.* Tit. I. *De adquir. rer. dom.* Leg. IX. §. 7.

# CHAPITRE X.

## *Des* Testamens.

Différentes ſortes d'*Acquiſitions dérivées.*

§. I. Les *Acquiſitions Dérivées* ſe font ou *en cas de mort*, ou *entre-vifs* (1). Et dans ces deux différens cas les choſes paſſent d'une perſonne à l'autre, (2) ou *par une volonté expreſſe de l'ancien Proprietaire*, ou *en vertu des diſpoſitions de quelque Loi.*

Examen de la définition du *Teſtament*, propoſée par *Grotius*. Si l'on peut regarder le *Teſtament* comme une véritable *alienation*.

(a) *Liv.* II. *Chap.* VI. §. 14. *num.* 1.

§. II. La maniere la plus ordinaire de transférer à autrui la Proprieté de ſes biens *en cas de mort, par une volonté expreſſe*, c'eſt le Testament, dont il faut examiner ici avec un peu de ſoin la nature & l'origine. Grotius le définit (a) *une alienation que l'on fait de ſes biens, en cas de mort, ſe reſervant cependant, outre la poſſeſſion & la pleine jouïſſance des choſes alienées, le pouvoir de révoquer l'alienation, & de diſpoſer autrement de ſes biens avant ſon décès.* Mais il y a quelque lieu de douter, ſi l'on peut regarder le Teſtament comme une *alienation*, à prendre ce mot dans un ſens propre & étroit, pour un acte par lequel on ſe défait de ſon bien en faveur d'autrui; car ſur ce pié-là toute Alienation ſuppoſe deux perſonnes qui exiſtent l'une & l'autre dans le tems que le tranſport de Proprieté ſe fait; enſorte que déſormais on puiſſe dire que la choſe alienée n'appartient plus à celui qui s'en eſt dépouillé en faveur de l'autre. (1) Or tant que le Teſtateur vit, il conſerve un plein droit ſur

Chap. X. §. I. (1) Voici une diviſion plus exacte des *Acquiſitions Dérivées*. 1. Par rapport à la *Loi*, en vertu de laquelle la Proprieté eſt transférée, on peut les diviſer en *Acquiſitions Naturelles*, *Acquiſitions Civiles*, & *Acquiſitions Mixtes*. Les *Acquiſitions Naturelles*, ce ſont celles qui ſe font conformement aux maximes du Droit Naturel tout ſeul; c'eſt-à-dire, qui dépendent uniquement du conſentement mutuel des Parties. C'eſt ainſi que l'on acquiert en vertu de tous les Engagemens où les Loix Civiles laiſſent à chacun une pleine liberté. Les *Acquiſitions Civiles*, ce ſont celles qui transférent la Proprieté ſans un conſentement particulier du Proprietaire. La principale maniere d'acquerir eſt ici le droit de *Preſcription*, principalement par rapport au terme limité pour preſcrire; car, du reſte, la Preſcription a auſſi ſon fondement dans le Droit Naturel. Voyez ci-deſſous, Chap. XII. §. 1. *Note* 1. Les *Acquiſitions Mixtes* enfin, ſe font à la verité du conſentement mutuel des Parties ou exprès, ou tacite; mais de telle ſorte pourtant qu'il y intervient quelque diſpoſition des Loix Civiles, & que ſi l'on néglige de ſe conformer à ces réglemens, l'acte peut être annullé. C'eſt ainſi que l'on acquiert par un *Teſtament*, ou par un *Contract*, lorſque les Loix de l'Etat preſcrivent certaines formalitez à ces ſortes d'Actes. 2. Ces trois ſortes d'Acquiſitions peuvent être conſidérées ou par rapport au *tems* auquel elles ſe font, ou par rapport à la *choſe même* que l'on acquiert. Par rapport à la *choſe*, elles ſont ou *Univerſelles* ou *Particulieres*, ſelon que l'on acquiert ou tous les biens d'une perſonne, ou ſeulement une partie. Par rapport au *tems*, ou elles ont lieu *en cas de mort*, ou elles ont leur effet *entre-vifs*. Voyez Mr. Titius, Obſ. in Pufendorf. CCC. *& ſeqq.* La premiere ſorte comprend les *Teſtamens*, & les *Donations à cauſe de mort*, dont il eſt traité dans ce Chapitre. L'autre renferme toutes les *Conventions* & tous les *Contracts* où il entre quelques Alienations; à quoi il faut auſſi rapporter les *Donations entre-vifs*, quoique notre Auteur, dans ſon Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. XII. §. 13. en faſſe une claſſe à part; d'où vient qu'il n'en a point parle dans l'endroit où il traite des *Contracts*. Mais nous y ſupplérons alors dans une Note, d'autant plus qu'il n'en eſt point traité ailleurs dans tout cet Ouvrage.

(2) *Quod alterius fuit, id ut fiat meum, neceſſe eſt aliquid intercedere.* Varro, *de Re Ruſtica*, Lib. II. Cap. I. page 61. *Edit. Dordr.* 1619. L'Auteur citoit ce paſſage.

§. II. (1) Voyez ci-deſſous, §. 4. *Note* 2. Tout ce que nôtre Auteur dit ici prouve ſeulement, que dans un Teſtament l'alienation n'eſt pas pure & ſimple, ni irrévocable: mais cela n'empêche pas qu'on ne puiſſe regarder l'acte du Teſtateur comme eſpece d'alienation imparfaite, qui peut devenir parfaite, & qui donne à l'Héritier un veritable droit, quoique ſujet à n'avoir pas ſon effet. Ainſi il y a une grande difference entre l'alienation teſtamentaire, & une ſimple déclaration verbale de la volonté préſente où l'on eſt de donner un jour quelque choſe à quelqu'un; car l'effet de cette déclaration dépend toûjours du pur caprice de celui qui l'a faite, & ne peut jamais avoir lieu ſans un nouvel acte de ſa part. Au lieu que tant que le Teſtateur n'a pas revoqué le Teſtament, le droit de l'Héritier ſubſiſte, quelque chancelant qu'il ſoit; & ſi le Teſtateur ayant réſolu de changer la diſpoſition qu'il a faite de ſes biens, ne l'execute pas faute de tems, ou parcequ'il ſe flatte d'en avoir de reſte; lorſqu'il vient à mourir, l'Héritier & les Légataires acquierent un droit plein & irrévocable, dont il ne tient qu'à eux de jouïr. Sur ce principe, le Droit Romain veut,

tous ſes biens, ſans aucune diminution ; & par conſéquent il n'aliene encore rien. D'ailleurs, auſſi-tôt qu'il eſt mort il perd tous les droits qu'il avoit pendant ſa vie, & il paſſe dès-lors pour un Etre qui n'exiſte plus : ainſi l'alienation ne ſe fait pas non-plus alors, puiſque l'on ne ſauroit dire que quoique ce ſoit appartienne ou n'appartienne pas au Défunt. En vain prétendroit-on que l'alienation ſe fait dans le tems qu'on ſigne le Teſtament, quoiqu'elle ne doive avoir ſon effet qu'après la mort du Teſtateur. Cela ne leve point la difficulté : car toute Alienation demande un concours de deux volontez, qui s'uniſſent, pour ainſi dire, par un conſentement mutuel; ſçavoir, la volonté de celui à qui la Proprieté d'une choſe eſt transférée, & la volonté de celui qui la transfére. Or le plus ſouvent celui qui eſt inſtitué Héritier n'en ſcait rien que quand on a ouvert le Teſtament après le décès du Teſtateur; & même alors il lui eſt libre d'accepter la Succeſſion ou d'y renoncer. De-plus, un Héritier Teſtamentaire ne commençant d'acquérir quelque droit qu'après la mort du Teſtateur, il s'enſuit qu'avant cela il n'avoit aucun droit dont on pût dire que l'effet fût ſuſpendu juſqu'au décès du Teſtateur. Enfin, dans toute ſorte d'*Alienation ;* ſans en excepter celles qui ſont révocables, il faut que celui qui aliene ne puiſſe pas reprendre à ſa fantaiſie le droit qu'elle tranſporte à autrui; car ſi l'affaire ſe réduiſoit uniquement à ceci : *Vous ſerez un jour maître de mon bien, à moins qu'entre-ci & ce tems-là je ne trouve bon d'en diſpoſer autrement; bien entendu même que vous n'aurez aucun droit de m'empêcher de changer de ſentiment, & que je pourrai le faire toutes les fois que je voudrai, ſans en avoir d'autre raiſon que mon bon plaiſir;* ſi, dis-je, tout ſe réduiſoit à cela, ce ne ſeroit pas certainement un acte d'Alienation, mais une ſimple déclaration de nôtre volonté préſente, qui ne nous impoſeroit aucune néceſſité de ne point changer de ſentiment, & qui par conſéquent ne produiroit aucun Droit ni aucune Obligation (b). Or telle eſt au fond la nature du Teſtament, puiſqu'il ne donne à l'Héritier, avant la mort du Teſtateur, aucune prétenſion qui ait force de droit parfait, du moins par rapport au Teſtateur; & que le Teſtateur, tant qu'il vit, retient non ſeulement le droit de jouïr pleinement de ſes biens, mais auſſi la Proprieté entiere. Preuve de cela, c'eſt qu'il peut exclure, bongré malgré qu'ils en ayent, les Héritiers qu'il avoit inſtituez, & qu'après le Teſtament fait il eſt encore maître d'aliener ſes biens tout de même qu'auparavant. Au lieu que les Alienations révocables ſuppoſent toûjours quelque événement ou quelque condition indépendante du pur caprice de celui qui aliene, & ſeule capable de les faire révoquer.

(b) Voyez ci-deſſus Liv. III. Chap. V. §. 5.

Définition plus exacte du *Teſtament.*

§. III. On peut à mon avis, définir le *Teſtament* d'une maniere plus ſimple & plus naturelle, & d'ailleurs conforme aux idées des Juriſconſultes Romains: (1) *Une déclaration de nôtre volonté au ſujet de ceux qui doivent ſucceder à nos biens après nôtre décès; laquelle, avant cela, peut être changée ou révoquée comme il nous plaît, & qui ne donne aucun droit à perſonne qu'après nôtre mort.* Surquoi pourtant la

qu'une perſonne qui avoit réſolu de teſter, mais qui n'a pû achever ſon Teſtament, ſoit cenſée morte *abinteſtat* ; & que ce Teſtament ne puiſſe point tenir lieu de Codicille, à moins que le Teſtateur n'ait mis une clauſe, qui porte que cette déclaration de ſa volonté vaudra comme Codicille, ſi elle ne peut valoir comme Teſtament : *Illud quoque pari ratione ſervandum eſt, ut Teſtator, qui decrevit facere Teſtamentum, ſi id adimplere nequiverit, inteſtato videatur eſſe defunctus, nec tranſducere liceat ad fideicommiſſi interpretationem velut ex Codicillis ultimam voluntatem, niſi ille complexus ſit*, ut vim etiam Codicillorum ſcriptura debeat obtinere. Cod. Lib. VI. Tit. XXXVI. *De Codicillis*, Leg. VIII. §. 1.

§. III. (1) *Teſtamentum eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Digest. Lib. XXVIII. Tit. I. *Qui teſtamenta facere poſſunt*, &c. Leg. I. *Ambulatoria enim eſt voluntas defuncti uſque ad vitæ ſupremum exitum.* Lib. XXXIV. Tit. IV. *De adimendis vel transferendis legatis*, &c. Leg. IV.

Loi de l'Humanité défend de repaître les autres de fauſſes eſpérances (2), ou de les amuſer pour ſe moquer d'eux, ſans qu'ils nous en ayent donné ſujet; & à plus forte raiſon, s'ils nous ont rendu quelque (a) ſervice conſidérable. Mais je ne ſaurois me réſoudre à deſapprouver ce qu'un Ancien Romain a dit, (3) *que c'eſt quelquefois un trait de prudence de fruſtrer les ſordides eſpérances de ceux qui nous cajolent & nous obſedent pour nous porter à les faire nos Héritiers.*

(a) Voyez-en des exemples dans *Valer. Maxim.* Lib. VII. Cap. VIII. §. 5, 8.

Si le pouvoir de faire Teſtament eſt de Droit Naturel?

§. IV. Les Sçavans diſputent entr'eux, *ſi le pouvoir de teſter eſt fondé ſur le Droit Naturel, ou bien ſur le Droit Poſitif tout ſeul?* Et la queſtion ne conſiſte pas à ſçavoir, ſi par le Droit Naturel on eſt obligé de faire teſtament? car chacun a là-deſſus ſans contredit une pleine liberté; à moins que pour le bien de la paix, & pour prévenir les procez & les querelles, il ne ſoit néceſſaire de diſpoſer de ſes biens avant que de mourir (a). Mais on demande, ſi poſé l'établiſſement de la Proprieté, un Proprietaire, comme tel, a droit de faire teſtament, enſorte que cette diſpoſition doive être exactement ſuivie; ou ſi ce droit vient uniquement de la permiſſion de quelque Loi Poſitive? Grotius (b) ſoûtient, que *le Droit Civil peut à la verité régler la maniere & les formalitez des Teſtamens, auſſi-bien que de tous les autres actes des Citoyens; mais que le fond même du Teſtament tient beaucoup du droit de Proprieté, & que la Proprieté une fois établie, il eſt de Droit Naturel.* C'eſt-à-dire, que le pouvoir qu'on a de diſpoſer valablement des ſes biens par teſtament eſt de ce *Droit des Gens*, (1) que les Juriſconſultes Romains appellent (c) *primitif*, ou *du premier ordre*; mais que ſi l'on n'en peut diſpoſer que de telle ou telle maniere, cela vient uniquement du Droit Civil. Ce ſentiment de Grotius n'eſt pas ſans difficulté (2); car les choſes qui entrent en proprieté ne ſervant aux Hommes

(a) Voyez *Eſaïe* XXXVIII, 1.

(b) *Liv. II. Chap. VI. §. 14. num. 1.*

(c) *Primarium*, il falloit dire *primævum*. Voyez la *Note* 1.

(2) Ecoutons ici *l'Oracle de la Gaſcogne*; c'eſt le titre que l'Abbé de St. Real donne à Montagne, dans ſa Preface ſur les *Lettres de Ciceron à Atticus*: „J'en vois, envers qui c'eſt tems perdu d'employer „un long ſoin de bons offices. Un mot receu de mau„vais biais efface le merite de dix ans. Heureux, qui „ſe trouve à point, pour leur joindre la volonté ſur „ce dernier paſſage! La Voiſine action l'emporte, non „pas les meilleurs & plus frequents offices, mais les „plus recents & preſents font l'opération? Ce ſont „gents qui ſe jouent de leurs Teſtaments, comme de „pommes, ou de verges, à gratifier ou chaſtier cha„que action de ceux qui y prétendent intereſt. C'eſt „choſe de trop longue ſuite, & de trop de poids, „pour être ainſi promenée à chaque inſtant: & en „laquelle les Sages ſe plantent une fois pour toutes, „regardans ſur tout à la raiſon & obſervance publi„que, *Eſſais*, Liv. II. Chap. VIII. page 78. *Edit. de Londres.* Voyez auſſi un beau paſſage des *Caracteres de* Mr. la Bruyere, dans le Chap:XIV. *De quelques uſages.* C'eſt le *Caractére* qui commence ainſi: *Il eſt vrai qu'il y a des hommes dont on peut dire que la mort fixe moins la derniere volonté, qu'elle ne leur ôte avec la vie l'irréſolution & l'inquiétude*, &c. page 219. *Edit. d'Amſt.* 1731. L'Auteur citoit ici Lucien, dans le *Dialogue de Simyle & de Polyſtrate*, Tome I. page 275. *Edit. Amſtel.*

(3) *Alii contra hoc ipſum laudibus ferunt, quod* [ Domitius Tullus, quum ſe captandum præbuiſſet ] *ſit fruſtratus improbas ſpes hominum: quos ſic decipere, pro moribus temporum, prudentia eſt.* Plin. *Lib.* VIII. *Epiſt.* XVIII. num. 3. *Edit. Cellar.* Voyez ce que j'ai dit ci-deſſus, Liv. III. Chap. V. §. 5. *Note* 3. A l'égard de cette ſorte de gens en général, & des effets de droit que peut avoir, ſelon le Droit Romain, le ſuccès de leur adreſſe à attraper une ſucceſſion, on pourra conſulter & examiner deux Diſſertations curieuſes de Mr. Thomasius; l'une, qui eſt intitulée *De jure injuſto Herediperarum*, publiée à *Hall* en *Saxe*, *en* 1695. & l'autre, *De Captatoriis Inſtitutionibus*, 1696. rimprimée en 1703. comme auſſi celle de l'Illuſtre Mr. de Bynkershoek, ſous ce dernier Titre, dans ſes *Opuſcula varii argumenti*, qui ont paru en 1719.

§. IV. (1) Ce ne ſont pas les Juriſconſultes Romains, mais leurs Interprêtes, qui diſtinguent le *Droit des Gens* en *primævum & ſecundarium.* De-plus, le pouvoir de teſter doit être rapporté au Droit des Gens, que ceux-ci appellent *ſecundarium*, & non pas au *primævum*, qui n'eſt autre choſe, ſelon eux, que le *Droit Naturel* pris dans le ſens que je l'ai expliqué ailleurs, ſur Liv. II. Chap. III. §. 2.

(2) Notre Auteur, ce me ſemble, trouve ici de la difficulté où il n'y en a point. Je ſuis fort trompé ſi les fauſſes idées qu'il s'étoit faites ſur l'origine de la Proprieté des biens, & que nous avons refutées en ſon lieu, ne lui ont fait abandonner mal-à-propos l'opinion de Grotius, & multiplier les Etres ſans néceſſité. Un autre Auteur, que j'ai vû depuis la premiere Edition de cet Ouvrage, infere auſſi que le pouvoir de teſter eſt uniquement de Droit Civil, d'un principe qui eſt encore plus mal fondé, à mon avis, comme je crois l'avoir ſuffiſamment montré ci-deſſus, Chap. VI. §. 1. *Note* 1. je veux dire de ce que ſelon lui, le Droit de Proprieté finit & s'éteint de lui-même avec la Poſſeſſion. Voyez les *Obſervations* de Mr. *de* Bynkershoek, Lib. II. Cap. II. Ces Syſtêmes détruits, il n'eſt pas difficile de renverſer la conſéquen-

que pendant qu'ils ſont en vie, & les Morts n'ayant plus de part aux affaires de ce monde, il n'étoit pas néceſſaire que l'établiſſement de la Proprieté s'étendît juſqu'à donner au Proprietaire le pouvoir de choiſir qui bon lui ſemble pour ſucceder

ce. Je dis donc, que l'établiſſement de la Proprieté n'étant ni fondé ſur quelque Convention, ni borné au tems de la Poſſeſſion, mais dependant uniquement, comme nous l'avons fait voir, de ce que chacun s'empara pour toûjours d'une certaine portion raiſonnable des biens du monde, qui naturellement n'appartenoient pas plus a l'un qu'à l'autre; il s'enſuit de là que des qu'on s'étoit approprie une choſe de cette maniere, perſonne autre ne pouvoit plus y rien prétendre, à moins qu'on ne l'abandonnât de nouveau au premier occupant, ou qu'on ne le transferât à quelcun en particulier. Mais n'avoit-on droit de diſpoſer de ſes biens que pendant ſa vie, & ne pouvoit-on pas, en qualité de Proprietaire, les laiſſer à qui l'on vouloit apres ſa mort. Certainement je ne vois pas pourquoi cela ne ſeroit pas une ſuite du Droit de proprieté. Suppoſe que les Hommes fuſſent immortels, un Proprietaire conſerveroit éternellement ſon droit ſur ce qu'il a une fois acquis: la néceſſité de mourir à laquelle tous les Hommes ſont ſujets, ne lui permettant de joüir de ſes biens que pendant quelques années, il eſt naturel qu'il s'en dédommage & qu'il perpétue entant qu'en lui eſt, ſon droit de Proprieté juſqu'apres ſa mort, en déclarant à qui il veut le faire paſſer; enſorte que l'Héritier prenant la place du Défunt, & le repreſentant en quelque maniere nul autre n'ait pas plus à prétendre aux biens de celui-ci, que s'il les poſſedoit encore lui-même. Dans le CODE, on établit pour maxime inconteſtable, qu'il n'y a rien que les Hommes puiſſent exiger plus raiſonnablement que d'avoir la liberté de diſpoſer de leurs biens pour la derniere fois. *Nihil eſt enim, quod magis hominibus debeatur, quàm ut ſupremæ voluntatis, poſtquàm jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtilus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium* Lib. I. Tit. II. *De ſacroſanctis Eccleſiis*, Leg. I. Voyez le paſſage de QUINTILIEN, que notre Auteur cite plus bas, §. 5. Note 2. Tout le monde tombe d'accord que l'on peut entre-vifs, & comme de la main à la main, transférer à autrui ou abſolument, ou ſous certaines conditions, le droit de Proprieté qu'on a ſur une choſe: pourquoi ne ſeroit il pas permis de le transférer en cas de mort, & d'une maniere ou révocable ou irrévocable? Je ne vois pas pour moi, quelle ſi grande différence il y a entre ces deux choſes; ſurtout quand on conſidere les *Donations à cauſe de mort*, dont l'Auteur traite à la fin de ce Chapitre, & qui ne ſont pas ſans doute le Droit purement Civil. D'ailleurs, les biens qu'on laiſſe en mourant étant pour l'ordinaire ou des fruits de l'induſtrie ſeule du Proprietaire, ou des choſes qu'il a cultivées & améliorées par ſes ſoins & ſon travail; ſeroit-il juſte qu'après ſa mort ils fuſſent abandonnez au premier occupant, & qu'il ne pût pas avant que de mourir, avoir la conſolation de penſer qu'il les laiſſera aux perſonnes pour qui il s'intéreſſe le plus? Il eſt vrai que, comme le dit Mr. DE BYNKERSHOEK, (*ubi suprà*) *la Terre eſt deſtinée à l'uſage des Hommes de tous les Siecles*, *& que chacune des générations qui ſe ſuccedent les unes aux autres, doit avoir dequoi s'accommoder par ſon travail & ſon induſtrie*. Mais il ne s'enſuit point de là, que par le Droit Naturel, *dès qu'une perſonne eſt morte, ſes biens demeurent ou à celui qui les poſſedoit en commun avec elle, ou à celui qui s'en empare le premier*. Car il ſuffit qu'en mourant on laiſſe ſes biens à quelqu'un, comme il le fau néceſſairement; perſonne ne pouvant rien emporter avec ſoi dans le Tombeau, & il y a d'ailleurs dans le Monde aſſez de choſes qui ſont au premier occupant, ſi on veut ſe donner la peine de les aller chercher. Mr. de BYNKERSHOEK reconnoît lui-même que ce ſeroit une ſource infinie de déſordres, ſi les biens de chacun étoient ainſi au pillage apres ſa mort, & que c'eſt pour cela que les Loix Civiles ont réglé les Succeſſions, & permis les Teſtamens. Cette raiſon ne doit pas avoir moins de force entre ceux qui vivent dans l'indépendance de l'Etat de Nature: ou plûtôt il eſt ici encore plus néceſſaire d'autoriſer ces deux manieres de ſucceder, parcequ'il y a plus de danger que les biens de chacun ne ſoient au pillage après ſa mort. On verroit alors encore plus ſouvent les Enfans, ou autres perſonnes à la ſubſiſtance deſquelles le Defunt étoit tenu de pourvoir par quelque Obligation naturelle, privez de ce qu'il leur deſtinoit, ou qu'il devoit leur deſtiner, après l'avoir ſouvent acquis lui-même par ſon travail ou ſon induſtrie. Au reſte, il n'eſt pas néceſſaire que ceux en faveur de qui l'on diſpoſe de ſon bien, le ſçachent, & acceptent, pendant qu'on eſt encore en vie, le tranſport qu'on leur fait en cas de mort Notre Auteur ſoûtient à la verite que la volonté de celui qui transfére un droit, & la volonté de celui à qui on le transfére, doivent toûjours s'unir par un conſentement mutuel produit en même-tems: mais il ne s'accorde pas bien avec lui-même; car il a reconnu ci-deſſus, Liv. III. Chap. IX. §. 4. qu'une Donation eſt valable, quoique le Donateur ſoit mort avant qu'elle ait été acceptée par le Donataire, ſi celui qui devoit l'annoncer n'eſt qu'un ſimple porteur de la volonté du tiers. De ce que les Morts n'ont plus de part aux affaires de ce monde, il ne s'enſuit point qu'ils n'ayent pas eu, pendant qu'ils étoient en vie, le droit de régler ce que deviendroient leurs biens après leur mort; mais ſeulement qu'ils ne ſont plus alors en état de le faire valoir eux-mêmes. Si les Anciens, dont notre Auteur parle, faiſoient jurer leurs Proches d'executer les ordres qu'ils leur donnoient en mourant, c'étoit pour les engager d'une maniere plus étroite par la ſainteté du Serment, & non pas qu'ils cruſſent qu'aucune autre raiſon ne fût ſuffiſante pour obliger à reſpecter la volonté d'une perſonne qui n'eſt plus. On voit du moins, que dans l'Antiquité la plus reculée, ceux-là même qui n'étoient Membres d'aucune Societé Civile, diſpoſoient fort abſolument de leurs biens avant que de mourir. L'exemple d'*Abraham* eſt remarquable. Ce Patriarche avoit des Parens à *Charran* en Méſopotamie, & ſans aller chercher ſi loin, il trouvoit dans le Païs même de *Canaan*, où il ſe tenoit, *Loth* ſon Neveu paternel. Cependant, lorſqu'il croyoit n'avoir jamais d'Enfans, il penſoit à exclure tous ces Parens, & à inſtituer ſon Héritier *Eliezer*, l'Intendant de ſa maiſon, ou le principal de ſes Eſclaves. Voyez GENES. Chap. IV. verſ, 2, 3. Un Profeſſeur de Leipſik, Mr. POLYCARPE MULLER, dans une Diſſertation *De Teſtamento licito, ſed non honeſto*, qui a paru en 1718. s'étonne (*Page* 24.) que j'aye pû prendre cette déclaration d'*Abraham* comme ſe rapportant à un Teſtament à venir. Le Patriarche, dit-il, parle de ce qui arrivera

aux biens qu'il laiſſe en mourant : il ſuffiſoit que chacun diſposât de ſes biens pendant ſa vie, laiſſant à ceux qui lui ſurvivroient le ſoin d'en faire ce qu'ils jugeroient à propos quand il ne ſeroit plus. D'ailleurs, il étoit aiſé de faire réfléxion, que les dernieres volontez d'un défunt peuvent être impunément négligées (d). Et en effet, on voit que dans l'Antiquité la plus reculée, auſſi-bien que dans les ſiécles ſuivans, (e) on faiſoit jurer ſes Proches d'executer les ordres qu'on leur donnoit en mourant, comme n'y ayant point de lieu ni de motif humain aſſez fort pour faire reſpecter la volonté d'une perſonne qui n'eſt plus. Il étoit donc libre aux ſurvivans de conſentir ou de ne pas conſentir que la volonté d'un homme eût ſon effet, après qu'il avoit perdu, avec la vie, tous les droits attachez à ſa perſonne. Et s'ils vouloient laiſſer quelque force à ces dernieres diſpoſitions, il falloit qu'ils réglaſſent entr'eux, par quelque Convention, juſqu'où elles ſeroient valables; ſans quoi elles auroient été inutiles, l'Auteur n'étant pas en état de les faire executer lui-même. Et c'eſt auſſi ce que l'on a fait (3).

Mais

(d) Voyez *Virgil. Æneid.* IV, 34.

(e) Voyez *Geneſ.* Chap. XXIV. 2, 3. XLVII, 29. L. 25. *Diodor. Sic.* Lib. II. Cap. XXXIII. p. 119 D. *Edit. Rhodom. Sophocl.* in Trachin. verſ. 1192. *& ſeqq. Joſeph* Ant. Jud. Lib. XVII. Cap. VI. §. 5. & VIII. §. 2. *Edit. Hudſon. Dio Caſſius*, Lib. LIX. au ſujet du Teſtament de *Tibere*, pag. 734 B. *Edit. H. Steph. Zonar.* Tome III. in *Eudocia*, Lib. XVIII. Cap. 10. pag. 277. *Edit. Pariſ. Reg.* & *Mich. Glycas.* Ann. Tome IV. au ſujet du ferment que *Conſtantin Ducas* fit faire à ſa Femme : & les vers du Grammairien *Sulpit. Apolſinar.* ſur l'*Eneide de Virgile*, dans les *Catalectes* de *Scaliger* pag. 140. On peut appliquer ici ce que dit *Lucain*, Pharſal. II, 628.

au cas qu'il vienne à mourir ſans enfans, & non pas de ce qui doit ſe faire, ou de ce qu'il prétend faire lui-même. Mais je voudrois bien ſçavoir, pourquoi *Abraham* auroit dit, qu'*Eliezer* ſeroit ſon Heritier, ſi ce n'eſt en ſuppoſant que lui-même le feroit tel ? A quel autre titre pouvoit-il l'être ? Ou le Patriarche vouloit-il dire, qu'il laiſſeroit ſon bien au pillage, & que cet Intendant de ſa maiſon s'en empareroit ? Au contraire cette qualité même n'inſinue-t-elle pas aſſez clairement, que comme *Abraham* avoit jugé cet Eſclave digne de ſon affection & de l'inſpection qu'il lui avoit donnée ſur les autres Domeſtiques, il l'en récompenſeroit, en lui laiſſant ſes biens, dont il trouvoit à propos d'exclure ſon Neveu même, quoiqu'à portée de recueillir la Succeſſion ? Du reſte, je vois avec plaiſir, que l'Auteur dont il s'agit, approuve la maniere dont je m'y ſuis pris, pour montrer que le pouvoir de diſpoſer de ſes biens en cas de mort, d'une maniere ou révocable ou irrévocable, réſulte du droit même de Proprieté, & eſt fondé par conſéquent ſur les maximes du Droit de la Nature & des Gens. Deſorte que ſi les Loix Civiles preſcrivent certaines bornes & certaines formalitez à ce pouvoir, c'eſt par une ſuite de l'autorité qu'a le Souverain de borner le droit même de Proprieté, & de régler l'uſage que les Citoyens doivent faire de leur bien; comme on le verra ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. V. §. 3. Au reſte, ce que j'ai dit eſt ſi vrai, que notre Auteur lui-même, après un circuit inutile, en revient là au fond; puiſque dans le Chap. ſuivant, il fonde les *Succeſſions ab inteſtat* ſur une préſomption de la volonté du Defunt. Toute la différence qu'il y a, c'eſt qu'au lieu de faire dépendre du droit même de Proprieté le pouvoir qu'on a de diſpoſer de ſes biens en cas de mort, il le rapporte à une Convention tacite des Peuples, par laquelle il ſuppoſe ſans néceſſité qu'ils ont d'un commun accord attaché à la Proprieté une force qu'elle n'avoit pas ſelon lui, par elle-même.

J'ai ajoûté pluſieurs choſes à cette Note, qui telle qu'on la trouve dans la premiere Edition, avoit été faite & envoyée à l'Imprimeur (en 1704.) avant que les *Selecta Juris Nat. & Gentium* de Mr. Buddeus paruſſent. Je vis alors, avec plaiſir, que cet habile Profeſſeur, dans la Diſſertation intitulée, *De Teſtamentis Summorum Imperantium*, &c. ſoûtient auſſi contre le ſentiment de notre Auteur, que le pouvoir de teſter eſt de Droit Naturel, & non pas ſeulement de Droit Civil. Il remarque là, entr'autres choſes, §. 3. *& ſeqq.* qu'encore que ſans le conſentement de l'Héritier la diſpoſition du Teſtateur ne puiſſe être actuellement executée, le defaut de ce conſentement ne ſçauroit ôter au Teſtateur le droit qu'il a naturellement de diſpoſer de ſes biens : droit qui a cette vertu & cet effet, que perſonne ne peut legitimement s'approprier les biens du Defunt, avant que l'on ſçache ſi l'Heritier veut accepter ou non, l'Heredité qui lui eſt offerte. Pourvû que l'on obſerve cela, on ſatisfait pleinement à la volonte du Defunt, qui ſans doute n'a pas pretendu faire prendre ſon bien à l'Héritier malgré lui. L'Heritier auſſi acquiert quelque droit, du vivant même du Teſtateur, quoique ce droit ne ſoit pas irrevocable, & qu'il ne le devienne que quand le Teſtateur eſt mort ſans avoir changé de reſolution. Ceux qui prétendent le contraire, ſont tombez dans cette erreur, faute de bien diſtinguer les *actes imparfaits & non conſommez*, d'avec ceux qui ſont *nuls & de nul effet*. Il eſt certain que par le Droit Naturel, le Teſtament n'a ſon entier accompliſſement que quand l'Héritier a accepté la Succeſſion après la mort du Teſtateur; mais il ne s'enſuit pas qu'avant cela ce ſoit un acte vain & de nulle force. Il eſt valable autant que la nature de la choſe le permet, & en ce que toute autre perſonne n'a rien à prétendre aux biens du Defunt, juſqu'à ce que l'Héritier inſtitue ait refuſé la Succeſſion. On fera bien de lire tout le reſte de la Diſſertation de Mr. Buddeus. Voyez auſſi Nic. Prag. Manni *Juriſpr. Natural.* Exerc. VII. §. 50, *& ſeqq.* Mr. Thomasius, qui avoit autrefois abandonné l'opinion que je combats, y eſt revenu depuis. Mais je ne trouve rien ni dans ſes *Fundamenta Juris Nat. & Gent.* Lib. II. Cap. X. §. 9. *& ſeqq.* ni dans ſa Diſſertation *de origine Succeſſionis Teſtamentariæ*, imprimée à *Hall* en 1705. qui detruiſe les raiſons que nous venons d'expoſer. Je dis la même choſe d'une refutation que Mr. Treuer, Profeſſeur à *Helmſtadt*, a entrepriſe dans ſes Notes ſur l'Abregé *De Officio Hom. & Civ.* Lib. I. Cap. XII. §. 13. comme il ſeroit aiſé de le faire voir ſi cette Note n'étoit déja fort longue. De dire, s'il eſt avantageux à la Societé Civile de laiſſer à chacun une pleine liberté de diſpoſer de ſes biens par Teſtament, c'eſt une autre queſtion de differente nature, & dont nôtre Auteur même traitera au paragraphe dernier du Chap. ſuivant.

(3) J'ai ajoûté ces mots, & ceux qui commencent l'*alinea* ſuivant, parcequ'il n'y avoit point ici de liaiſon.

(4) Notre

Mais pour reprendre la choſe de plus haut, je dis que comme le droit que chacun a de travailler à ſa propre conſervation, & de chercher les moyens néceſſaires pour cet effet, regarde non ſeulement le préſent, mais encore l'avenir, autant que le permet la fragilité & la courte durée de nôtre Vie; il ne ſuffiſoit pas, pour le bonheur & le repos du Genre Humain, d'introduire un droit de Proprieté qui fût borné à l'uſage préſent & momentané : il falloit encore que le Proprietaire pût s'aſſurer la poſſeſſion & la pleine jouïſſance de ſes biens pour l'avenir. De-plus, chacun étant obligé d'avoir un ſoin particulier de ceux qui ſont unis avec lui par les liens du Sang, & eſperant même que ſa race ſe perpetuera à l'infini, on a crû auſſi que pour le bien de la paix il ne falloit pas renfermer l'effet de la Proprieté dans un certain terme, ce qui auroit cauſé autant de troubles & de querelles que la communauté primitive : mais donner, au contraire, à ce droit une durée illimitée & comme infinie, enſorte qu'il pût même paſſer ſucceſſivement des uns aux autres, & ſe perpetuer en quelque maniere par le tranſport qu'en feroient les Proprietaires à qui bon leur ſembleroit. Dans l'indépendance de l'Etat de Nature, chacun conſerve ou tranſmet à autrui, comme il l'entend, la Proprieté de ce qu'il poſſede : Mais dans les Societez Civiles, où chacun eſt maintenu dans la jouïſſance paiſible de ſes biens par les Forces réunies de tout le Corps, on régle ordinairement & l'on borne ce droit en différentes manieres, ſelon qu'il paroît être de l'intérêt de chaque Etat en particulier (4).

*De quelle maniere on diſpoſoit de ſes biens avant que de mourir, dans l'Antiquité la plus reculée?*

§. V. ON ne ſauroit dont raiſonnablement ſoûtenir, qu'il y ait quelque choſe de contraire au Droit Naturel dans le pouvoir de diſpoſer de ſes biens, pendant qu'on en eſt encore maître, à condition que l'effet de cette diſpoſition n'aura lieu que quand on ne ſera plus en état de les poſſeder. Mais d'autre côté, je ne vois rien qui nous perſuade que cela ſuive néceſſairement de la qualité de Proprietaire. Tout ce qui réſulte de la nature du droit de Proprieté, c'eſt que quand entre-vifs on a transféré ſon droit à quelqu'un ſur une choſe, ce droit ne s'éteint point avec la perſonne de qui il vient; parcequ'il étoit attaché au Survivant, (1) & non au Défunt. Or la Cauſe & l'Effet exiſtant ſéparément l'un de l'autre, la deſtruction de la premiere n'emporte pas toûjours la deſtruction du dernier. Par la même raiſon, rien n'empêche qu'on ne transfére à autrui, avant que de mourir, la Proprieté de ſes biens, s'y réſervant néanmoins quelque droit tout le reſte de ſa vie. Ainſi, dans l'Anti-

(4) Notre Auteur deſapprouvoit ici en un mot, comme abſurde, & contraire à ce qui eſt dit ECCLESIASTIQ. XI, 19. LUC, XII, 20. la penſée d'un Ecrivain qui avoit composé, dès avant la premiere Edition de cet Ouvrage, un Livre intitulé *Nova Methodus Juriſprudentiæ*; où il ſoûtenoit (page 56.) que *par le Droit tout ſeul* (c'eſt-à dire, ſans l'autorité des Loix Civiles) *les Teſtamens ſeroient de nul effet, ſi l'Ame n'étoit pas immortelle. Mais*, ajoûte-t-il, *comme les Morts vivent encore effectivement, ils demeurent toûjours maîtres de leurs biens; deſorte que les Héritiers qu'ils laiſſent, doivent être regardez comme des Procureurs pour une affaire où ils ont intérêt (Procuratores in rem ſuam.)* Cet Auteur eſt certainement le celebre Mr. LEIBNITZ. Je l'avois conjecturé de ce que porte un Mémoire inſéré dans le Journal de *Trevoux*, Avril 1703. Article IV. page 264. *Edit. d'Amſt.* Mais j'ai préſentement le Livre même, imprimé à *Francfort* ſur le *Mein*, en 1667. avec les Lettres initiales par leſquelles ce grand Génie avoit accoûtumé de déſigner ſon nom *G. G. L. L.* L'endroit dont il s'agit ſe trouve à la même page que notre Auteur indique. Mr. MULLER, dans la Diſſertation citée un peu plus haut, (*Note* 2.) dit que cette opinion eſt deſtituée de toute apparence de verité; à moins qu'on ne ſupposât avec PLATON, dont Mr. LEIBNITZ a ſouvent ſuivi les idees, que les Morts connoiſſent ce qui ſe paſſe en ce monde, & s'y intéreſſent. On cite là-deſſus le XI. Livre des *Loix* (*page* 927. A. Tome II. *Edit. H. Steph.*) Il y a un autre paſſage fort exprès dans la II. Lettre de l'ancien Philoſophe, *Tome* III. *page* 311. C.

§. V. (1) Mais le Défunt ne pouvoit pas donner au Survivant plus de droit qu'il n'en avoit lui-même. C'eſt une maxime inconteſtable. Ainſi, ſuppoſé qu'un Proprietaire, comme tel, n'ait droit de diſpoſer de ſes biens que pendant ſa vie, celui à qui il les transfére entre-vifs n'en acquerra que juſqu'alors. Je ne vois pas qu'il y ait moyen d'éluder la conſéquence.

quité la plus reculée, lorſqu'un Pere de famille ſe ſentoit près de ſa fin, il diſpoſoit de ſes biens (2), mais de telle ſorte que déclarant de vive voix ſa volonté à ſes Enfans aſſemblez autour de lui, qui y acquieſçoient unanimement, ils la ratifioient eux-mêmes par une Convention tacite, laquelle les mettoit, pour ainſi dire, dès ce moment-là en poſſeſſion de ce qui étoit donné à chacun, (a) & faiſoit par conſéquent paſſer du vivant au vivant le droit de Proprieté. Il y a beaucoup d'apparence que la maniere ſimple & frugale dont les gens de ce tems-là vivoient, empêchoit ordinairement qu'ils ne mouruſſent de maladies ſubites & violentes; mais que l'humide radical de leur corps diminuant peu-à-peu, ils tomboient dans une eſpece de langueur qui leur laiſſoit l'uſage libre de la Raiſon juſqu'à leur dernier ſoupir, & qui par-là leur donnoit le tems de diſpoſer eux-mêmes en faveur de qui ils vouloient, de ce qu'ils avoient acquis. C'étoit ſans doute pour eux une grande conſolation, dans la néceſſité de mourir à laquelle tous les Hommes ſont ſujets, (3) & il faut avouer que ces dernieres volontez d'une perſonne mourante doivent être d'un grand poids.

(a) Voyez *Geneſ.* XXV, 5, 6. XLVIII, 22. *Deut.* XXI, 16, 17. I. *Rois* I, 35. *Eccleſiaſtiq.* XXXIII, 24. *Xenoph.* Cyrop. Lib. VIII. Cap. VII. §. 3. *Edit. Oxon.*

En quel ſens les Teſtamens ſont de Droit Naturel, & de Droit Poſitif?

§. VI. MAIS il s'agit ici ſurtout des Teſtamens, proprement ainſi nommez, par leſquels on diſpoſe de ſes biens, enſorte que l'on ſe reſerve la liberté de changer de ſentiment juſqu'au dernier ſoupir de ſa vie, & que l'Héritier ne commence d'acquerir quelque droit ſur la Succeſſion qu'après la mort du Teſtateur. C'eſt ſans contredit avec beaucoup de raiſon que bien des gens ont préferé cette maniere de diſpoſer de ſes biens, à la diſtribution que les perſonnes mourantes en faiſoient elles-mêmes entre ceux qu'elles vouloient qui fuſſent leurs Héritiers; car d'un côté les Hommes meurent ſouvent ou de mort ſubite, ou éloignez de leurs Parens, deſorte qu'ils n'ont pas le tems ou l'occaſion de déclarer leur derniere volonté: de l'autre, il arrive auſſi ſouvent qu'après avoir été à l'extrémité on en revient, contre l'attente de tout le monde. D'ailleurs il paroiſſoit plus à propos de diſpoſer de ſes biens à loiſir, & lorſque l'eſprit eſt libre & entierement raſſis, que dans le fort d'un mal violent ou dans les approches de l'agonie. Il étoit bon auſſi pour l'intérêt de chacun, que l'on demeurât maître de ſon bien juſqu'au dernier ſoupir de ſa vie, & que comme porte le Proverbe François, *on ne ſe dépouillât pas avant que de ſe coucher;* afin d'être toûjours à tems de révoquer, ſans qu'il en revînt aucun inconvénient, la diſpoſition

(2) Nôtre Auteur remarquoit ici par parenthéſe, que dans le paſſage de la GENESE, que j'ai cité §. IV. *Note* 2. *Abraham* n'inſtitue pas actuellement *Eliezer* ſon Héritier; mais qu'il témoigne ſeulement le deſſein qu'il en avoit au cas qu'il mourût ſans enfans. Cela eſt vrai: mais il paroit par-là, que c'etoit la coûtume du tems de ce Patriarche de diſpoſer de ſes biens, comme on vouloit, en cas de mort. Et ſi l'on examine les paſſages du Vieux Teſtament, que notre Auteur cite enſuite, & que j'ai renvoyez à la marge, on verra qu'ils ne prouvent nullement ce qu'il en infere, que le tranſport de Proprieté ſe faiſoit entre-vifs & comme de la main à la main.

(3) *Et in more Civitatis, & in Legibus poſitum eſt, ut quotiens fieri potuerit, defunctorum teſtamento ſtetur: idque non mediocri ratione. Neque enim aliud videtur ſolatium mortis, quàm voluntas ultrà mortem: alioqui poteſt grave videri etiam ipſum patrimonium, ſi non integram legem habet: & cùm omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.* QUINTIL. *Declamar.* CCCVIII. *princip.* „C'eſt une coûtume, fondée „ſur les Loix, qu'autant qu'il eſt poſſible on ſe ré„gle ſur le Teſtament du Défunt; & cette pratique „eſt fort raiſonnable. Car il n'y a pas, ce ſemble, „d'autre conſolation dans la mort, que celle d'éten„dre ſa volonté juſqu'après la mort; autrement nos „biens mêmes nous ſeroient, pour ainſi dire, à „charge, ſi l'on n'avoit pas une entiere liberté d'en „diſpoſer, & ſi ce pouvoir nous étant laiſſé pendant „notre vie, on nous l'ôtoit à l'heure de notre mort». L'Auteur citoit encore ici un paſſage de STACE, où ce Poëte repréſente le malheur de ceux qui n'ont point d'Enfans, en ce qu'ils ſont obligez de laiſſer leurs biens à un Héritier qui ſe réjouït de leur mort, après l'avoir attendu avec grande impatience. *Sylvarum* Lib. IV. *Sylv.* VII. *verſ.* 33. *& ſeqq.* Voici un paſſage de PINDARE, qui étoit cité au commencement du Chap. ſuivant, mais qui viendra mieux ici.

Ἐπεὶ πλοῦτος ὁ λα-
χὼν ποιμένα ἐπακτὸν ἀλλότριον
θνάσκοντι στυγερώτατος.

„C'eſt un grand chagrin de laiſſer en mourant ſes „biens à un Etranger. *Olympien.* Od. X. verſ. 106. *& „ſeqq.* Edit. Oxon.

que l'on avoit faite en faveur de quelqu'un (a), lorſqu'il s'en rendoit indigne, ou que l'on changeroit ſoi-même d'inclination. Je ſçai bien que l'on peut faire un tranſport de droit qui ſoit ſujet à être révoqué; c'eſt-à-dire, dont l'Auteur ait la liberté de ſe retracter, au cas qu'une certaine condition ou caſuelle (1), ou arbitraire, de la part de celui en faveur de qui l'on avoit fait ce tranſport, vienne à arriver. Mais ici cela auroit donné lieu à un nombre infini de procez, par les difficultez qu'on auroit pû former de part & d'autre ſur l'accompliſſement de la condition. Il eſt certain du moins, que celui qui auroit été une fois inſtitué Héritier, ſe voyant fruſtré pour le moindre ſujet d'une Succeſſion qu'il avoit dévorée d'eſperance, n'auroit pas manqué de regarder le Teſtateur de très-mauvais œil. Ajoûtez à cela, qu'il en a coûté cher à bien de gens d'avoir trop de bonne heure & trop ouvertement déſigné leur Héritier (b). C'eſtpourquoi on jugea à propos de ne laiſſer ouvrir les Teſtamens qu'après la mort du Teſtateur, de-peur qu'il ne fût expoſé pendant ſa vie aux attentats d'un Héritier impatient de recueillir la Succeſſion, ou du moins à la haine de ceux qui s'étoient flattez d'y avoir part. Que ſi quelqu'un oſoit ouvrir ou divulguer un Teſtament, ſans l'agrément du Teſtateur, cela paſſoit, & avec raiſon, pour une choſe indigne & une action inhumaine (c); ſurtout parmi les *Romains*, où il étoit aſſez ordinaire d'inſerer dans les Teſtamens des jugemens fort libres (2) de pluſieurs perſonnes, comme il paroît par divers endroits de *Tacite*. Toutes ces raiſons, & autres ſemblables, ont mis fort en vogue parmi pluſieurs Peuples cette maniere de diſpoſer de ſes biens en cas de mort. Mais il ne s'enſuit pourtant pas de là, qu'elle réſulte naturellement de la Proprieté même, ni par conſéquent qu'elle ſoit de Droit Naturel; car quoique l'on ſuppoſe qu'en vertu d'une Convention générale des Hommes l'effet de la Proprieté s'étend juſqu'à donner droit au Proprietaire de transférer ſes biens à qui il veut en cas de mort, il faut toûjours reconnoître qu'il eſt purement de Droit Poſitif que la volonté du Teſtateur ſoit (3) révocable, & pour ainſi dire, ambulatoire juſqu'à ſa mort (d); que l'Héritier ne commence d'acquerir quelque droit qu'après le décès du Teſtateur, & que juſqu'alors il ne ſçache pas même s'il eſt nommé pour ſucceder à ſes biens. En effet, dans tout autre cas il faut régulierement que le conſentement de celui qui transfére un droit, & le conſentement de celui à qui le droit paſſe, ſoient produits en même tems, & forment par leur union ce tranſport qui ſe fait de l'un à l'autre (4). Mais ici bien-loin que la volonté du Teſtateur

(a) Voyez *Eccleſiaſtique*, XXXIII, 20. & *ſuiv.*

(b) Voyez *Sueton.* in Caligula, Cap. XXXVIII. & in Galba, Cap. IX. *Tit. Livius*, Lib. XL. Cap. LIV. *Joſeph.* Antiq. Jud. Lib. XVI. Cap. IV. §. 5. *Edit. Hudſon.*

(c) Voyez *Plutarch. in Ant.* p. 942. *Dio Caſſ.* Lib. I. pag. 481. A. *Edit. H. Steph. Digeſt.* Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti vel contra*, Leg. I. §. 38. & Lib. XLVIII. Tit. X. *Ad Leg. Cornel. de falſis*, &c. Leg. I. §. 5.

(d) Voyez la Loi citée ci-deſſus §. III. *Note* 1.

§. VI. (1) Voyez ci-deſſus Liv. III. Chap. VIII. §. 4.

(2) Voyez la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, que j'ai déja citée, *De captatoriis inſtitutionibus*, §. 19. On trouvera dans les paragraphes ſuivans bien des choſes curieuſes ſur les précautions que prenoient les *Romains*, pour empêcher qu'on ne ſçût le contenu de leurs Teſtamens.

(3) J'avoue qu'il faut diſpoſer de ſes biens en homme ſage, & qu'on ne doit pas changer de volonté légérement, ou par pur caprice, comme font ceux dont Mr. *de* LA BRUYERE ſe mocque agréablement, dans l'endroit auquel j'ai renvoyé ci-deſſus: *Un dépit, pendant qu'ils vivent, les fait teſter; ils s'appaiſent, & déchirent leur minute, la voilà en cendre; ils n'ont pas moins de Teſtamens dans leur caſſette, que d'Almanachs ſur leur table; il les comptent par les années.* Mais il ne s'enſuit point de là, que par le Droit Naturel on ne puiſſe diſpoſer de ſes biens en cas de mort, que d'une maniere irrévocable. Au contraire, comme, quelque mûre délibération qu'on apporte, on peut aiſément ſe tromper dans le choix de ſes Héritiers, ou ſe laiſſer prévenir par quelque perſonne ruſée, ou même changer d'inclination; & que d'ailleurs il arrive quelquefois mille cas imprévus d'où il réſulteroit de grands inconvéniens, ſi la diſpoſition qu'on a une fois faite de ſes biens devoit ſubſiſter invariablement; il eſt très-naturel qu'on ne ſe lie pas les mains à ſoi-même, & que la mort ſeule fixe entierement la volonté d'un Teſtateur. Sans cela, les effets du droit de Proprieté ſeroient fort bornez dans une choſe où il ſemble qu'ils doivent avoir le plus d'étendue; je veux dire, dans la diſpoſition que l'on fait de ſes biens pour le tems auquel on en ſera inévitablement dépouillé par une triſte ſuite de la condition naturelle du Genre Humain.

(4) Voyez ce que j'ai dit ſur le §. 2. *Note* 1. & ſur le §. 4. *Note* 2.

(e) Voyez *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rerum domin.* Leg. LXI.

Un Héritier peut en conſcience recueillir une ſucceſſion échuë par un Teſtament où il manque quelque formalité, ſi perſonne ne s'y oppoſe.

& celle de l'Héritier doivent s'unir néceſſairement, il peut ſe paſſer un certain tems entre la mort du Teſtateur, & l'addition de l'Hérédité, la Loi maintenant cependant le droit de l'Héritier juſqu'à ce qu'il accepte lui-même la Succeſſion (e).

§. VII. Il y a encore ici deux queſtions fort agitées; l'une, *ſi celui qui a été inſtitué Héritier par un Teſtament où il manque quelqu'une des formalitez que le Droit Civil préſcrit, peut en conſcience recueillir la Succeſſion?* Et l'autre, *ſi celui qui devoit ſuccéder* abinteſtat, *peut en conſcience faire caſſer un pareil Teſtament*, quoiqu'il ſoit certain que le Teſtateur a voulu très-ſérieuſement donner ſes biens à l'Héritier inſtitué? Il y a des gens qui ſoûtiennent la négative dans l'une & l'autre de ces queſtions, & ils ſe fondent principalement ſur la (1) ſuppoſition que le pouvoir de teſter eſt de Droit Naturel & non pas de Droit purement Civil. Mais pour bien voir le fond de cette matiere, il faut remarquer que pour empêcher un nombre infini de fraudes qui peuvent ſe gliſſer dans les Teſtamens écrits, & pour prévenir les grands démêlez auſquels l'avarice & le déſir d'attraper une choſe auſſi aiſée à acquerir qu'une bonne Succeſſion, auroit donné lieu infailliblement; les Loix Civiles ont réglé avec beaucoup de ſoin les formes & les formalitez d'un Teſtament, enſorte qu'il n'y a rien ſurquoi elles entrent dans un plus ample détail. Comme donc on préſume que toute perſonne en âge d'homme fait, & tirée par l'éducation, de la craſſe ignorance des Payſans les plus groſſiers, ou connoît par elle-même, ou peut apprendre de gens mieux inſtruits, comment un Teſtament doit être fait ſelon les Loix: quiconque a déclaré ſes dernieres volontez d'une maniere qu'il ſçavoit ou devoit ſçavoir n'être pas ſuffiſante pour rendre l'acte valable en Juſtice malgré les oppoſitions, eſt cenſé n'avoir pas agi bien ſérieuſement, d'autant plus qu'on a beaucoup de tems pour penſer à faire ſon Teſtament. Lors donc qu'un Teſtament n'eſt pas conforme aux réglemens des Loix Civiles, on ſoupçonne aiſément, ou qu'il y a eu quelque fraude de la part des intéreſſez, ou que le Teſtateur n'étoit pas en ſon bon ſens, ou qu'il a fait ſon Teſtament à la hâte & à la ſollicitation d'autrui, plûtôt que de ſon pur mouvement. Ainſi l'unique but de ces formalitez eſt d'empêcher qu'on ne ſuppoſe des Teſtamens, ou qu'un mouvement ſurpris & précipité ne paſſe pour la volonté claire & délibérée du Teſtateur; précaution d'autant plus raiſonnable, que les Loix appellent à la Succeſſion *abinteſtat* les perſonnes qui naturellement devoient être les plus cheres au Défunt. Il peut arriver, je l'avoue, qu'une perſonne qui ſe porte ſérieuſement & avec une mûre déliberarion à déclarer ſa derniere volonté, péche dans les formes; mais les Juges ne ſauroient s'aſſurer de la volonté du Défunt que par les Actes ou les piéces qui en font foi. Et les Loix Civiles ayant droit de mettre des bornes au pouvoir de teſter, ſelon qu'il paroît à propos pour le bien public, il n'eſt pas à propos de faire des exceptions à la régle générale en faveur de deux ou trois Particuliers; puiſque ſi on laiſſoit ſubſiſter un ſeul Teſtament où il manque quelque formalité néceſſaire, cela donneroit occaſion à mille procez & à une infinité de friponneries. Ceux qui ſe voyent fruſtrez d'une Succeſſion à cauſe que le Teſtament eſt défectueux, ne ſauroient même ſe plaindre qu'on leur faſſe du tort; car outre que leurs prétenſions n'étoient point fondées ſur la proximité du Sang, autrement ils auroient ſuccedé

§. VII. (1) Je ne vois pas bien comment on peut tirer de-là cette conſéquence à l'égard de la premiere queſtion; car, ſoit que la faculté de faire teſtament vienne du Droit Naturel, ou ſeulement du Droit Civil, comme c'eſt toûjours une ſimple permiſſion par rapport au Teſtareur, les formalitez requiſes ſont auſſi un bénéfice pour ceux qui peuvent d'ailleurs prétendre à ſes biens; ainſi il ne tient qu'à eux d'y renoncer, & ils ſont cenſez le faire lorſqu'ils ne demandent pas la caſſation du Teſtament.

*abinteſtat*, un Citoyen ne peut acquerir par un Teſtament qui n'eſt pas conforme à la maniere preſcrite par les Loix, aucun droit valable contre les oppoſitions de ceux qui ont droit d'ailleurs à la Succeſſion. Ainſi il doit regarder comme un pur malheur la perte qu'il fait des biens qui lui revenoient par ce Teſtament s'il eût été dreſſé dans les formes; mais cela n'empêche pas, que ſi perſonne ne s'y oppoſe, l'Héritier nommé (a) ne puiſſe légitimement recueillir la Succeſſion. En ce cas-là, le vice que les Loix Civiles préſumoient à cauſe du défaut de formalitez ne ſubſiſte plus; (car je ſuppoſe toûjours que le Teſtateur a inſtitué bien ſérieuſement cet Héritier) & au fond il n'y a perſonne à qui les biens de l'Hérédité reviennent plus naturellement, puiſque ceux que la Loi appelloit à la Succeſſion ne ſe préſentant point pour la demander, renoncent par-là tacitement à leurs prétenſions. Le manque de formalitez ne rend nul par les Loix Civiles un tranſport de droit fait d'ailleurs avec mûre déliberation, que quand il tend à fruſtrer ceux qui par quelque autre raiſon peuvent prétendre à la choſe transferée. Lors donc que l'affaire n'eſt point portée en Juſtice, ce manque de formalitez n'annulle point l'acte, pourvû qu'il y ait d'ailleurs tout ce que la Loi Naturelle demande pour conſtituer un tranſport de droit. Ainſi il n'y a que ceux qui au défaut d'Héritiers Teſtamentaires étoient appellez à la Succeſſion, qui puiſſent faire caſſer un Teſtament défectueux pour les formes. Deſorte que s'ils ne forment aucune oppoſition, il ſuffit, pour faire paſſer à l'Héritier nommé la Proprieté des biens du Teſtateur, que celui-ci l'ait ſérieuſement déclaré ſon Héritier de quelque maniere que ce ſoit. Et l'on voit même que pluſieurs Peuples qui ignoroient, ou qui mépriſoient les ſcrupuleuſes ſubtilitez du Droit Romain, n'en ont pas demandé davantage pour la validité des Teſtamens. Mais il n'y a point de doute que ceux qui ſe prévalent d'un Teſtament ſuppoſé, le ſçachant tel, ne commettent un péché, quand même ils n'auroient point de part à la ſuppoſition (2); car en ce cas-là ils n'héritent point par un effet de la volonté du Teſtateur, & cela étant, les Loix aſſignent à d'autres les biens de la Succeſſion.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. III. Chap. VII. §. 6. num. 4.

§. VIII. CEPENDANT ſi celui à qui la Succeſſion échéoit *abinteſtat* demande la caſſation d'un Teſtament où il manque quelque formalité, il ne fait par-là proprement aucun tort ni au Teſtateur, ni à l'Héritier nommé. Je dis qu'il ne fait aucun tort au Teſtateur; car le Teſtateur n'avoit pas droit de diſpoſer de ſes biens en faveur d'autres Héritiers que les Légitimes, ſans obſerver les formalitez que les Loix preſcrivent. Il ne fait non-plus aucun tort à l'Héritier inſtitué; car celui-ci ne pouvoit acquerir aucun droit valable au préjudice des Héritiers Légitimes, que par un Teſtament conforme aux Loix du Païs. Mais il y a eu des gens, qui par un principe de généroſité & d'humanité extraordinaire, ont fait ſcrupule de ne pas laiſſer ſubſiſter les

L'Héritier *abinteſtat* peut pourtant faire caſſer un tel Teſtament.

(2) Du tems de CICERON, comme le remarquoit ici notre Auteur, certaines gens apporterent de *Grece* à *Rome*, un Teſtament ſuppoſé de *L. Minutius Baſilus*, qui avoit laiſſé de grands biens; & afin de le faire valoir plus aiſément, ils y avoient mis pour Héritiers, conjointement avec eux, *Marc Craſſus*, & *Quintus Hortenſius*, les deux hommes de ce tems-là qui avoient le plus de crédit. Ceux-ci ſe doutoient bien que le Teſtament étoit faux; cependant, comme ils n'avoient point de part à la ſuppoſition, ils crurent qu'ils pouvoient profiter du fruit de la friponnerie d'autrui. Mais *Ciceron* blâme avec raiſon cette lâcheté, par laquelle *Craſſus* & *Hortenſius* ſe rendoient non ſeulement les fauteurs & les protecteurs, mais encore les complices de l'injuſtice. *De Officiis*, Lib. III. Cap. XVIII. Voyez encore VALER. MAX. Lib. IX. Cap. IV. §. 1. Ajoûtons cette belle ſentence de CICERON, que l'on trouve immédiatement après l'endroit qui vient d'être cité: *Mihi quidem etiam veræ hereditates non honeſtæ videntur, ſi ſint malitioſis blanditiis officiorum, non veritate, ſed ſimulatione quæſitæ.* „Pour moi, il me ſemble qu'il n'eſt „pas honnête de ſe prévaloir des Teſtamens même „les plus veritables, lorſqu'on ſe les eſt attirez par „de trompeuſes cajoleries, & non pas par un ſincere „attachement.

diſpoſitions du Teſtateur, quoiqu'il y eût quelque choſe qui ne s'accordât pas bien avec les réglemens des Loix Civiles; ſoit pour éloigner d'eux les ſoupçons d'avarice, ſoit par reſpect pour les dernieres volontez d'une perſonne mourante. PLINE *le Jeune* étoit dans ces ſentimens. (1) *Ce Legs*, diſoit-il, *eſt nul par le Droit; mais, à conſidérer la volonté du Défunt, il eſt valide; & pour moi, (les Juriſconſultes en penſeront ce qu'il leur plaira) la volonté du Teſtateur eſt plus ſacrée que les Loix, ſurtout quand il s'agit de laiſſer à nôtre Patrie les effets de la libéralité du Défunt.* Il eſt beau ſans doute d'imiter un tel exemple; & ceux qui, par le même principe, executent religieuſement les derniers ordres, ou même les prieres & les recommandations d'un Parent ou d'un Ami quoiqu'il leur en coûte quelque choſe, ſont auſſi très-louables, comme ces deux Amis à qui *Eudamidas* de *Corinthe* laiſſa par ſon Teſtament, à l'un (a) de nourrir ſa Mere, & à l'autre, de marier ſa Fille. Mais on ne doit pas pour cela blâmer une perſonne, qui en faiſant caſſer un Teſtament défectueux, profite du bénéfice des Loix (2).

(a) *Lucian. in Toxari*, pag. 47. Tome II. Edit. Amſtel.

Au reſte, il faut conſulter (3) les Loix de chaque Etat, pour ſçavoir ſi un Teſtateur peut partager ſes biens entre pluſieurs *Cohéritiers*, ou entre pluſieurs, les uns *Héritiers*, & les autres *Légataires*; comme auſſi, ſi la Succeſſion doit paſſer à l'Héritier ou avec un plein droit de Proprieté, ou par (4) *Fidéicommis*. Mais il eſt certainement de Droit Naturel, que (5) l'Héritier, quel qu'il ſoit, acquitte les dettes & les autres charges attachées aux biens de la Succeſſion; enſorte pourtant, que ſi ces biens ne ſuffiſent pas pour cela, il n'eſt pas tenu de fournir du ſien le ſurplus, à moins qu'il ne s'y ſoit d'ailleurs engagé ou expreſſément ou tacitement (6).

§. VIII. (1) *Hoc, ſi jus adſpicias, irritum, ſi defuncti voluntatem, ratum & firmum eſt. Mihi autem defuncti voluntas (vereor quam in partem Juriſconſulti, quod ſum dicturus, accipiant) antiquior jure eſt, utique in eo, quod ad communem patriam voluit pervenire.* Lib. V. *Epiſt.* VII. num. 2. *Edit. Cellar.* Voyez auſſi Lib. II. Epiſt. XVI. num. 2. & Lib. IV. Epiſt. X. num. 3.

(2) Voyez la Diſſertation de Mr. HERTIUS, *De colliſione Legum*, Sect. III. §. 2. dans le I. Tome de ſes *Commentationes & Opuſcula*, &c. Mr. BUDDEUS ſemble être d'opinion contraire, dans ſa Diſſertation *De Teſtamentis Summor. Imper.* Cap. I. §. 8. mais je ne vois pas qu'il détruiſe les raiſons de notre Auteur. Autre choſe eſt de ſçavoir, ſi celui qui fait caſſer un Teſtament peut en conſcience annuller toutes les diſpoſitions du Teſtateur; & ſi l'on peut toûjours ſe diſpenſer en conſcience de ſuivre certaines volontez du Teſtateur, nulles par les Loix, dans un Teſtament d'ailleurs bon & valide par lui-même? Surquoi je dis, que ſi le Teſtateur a fait quelque Legs pour de juſtes cauſes, comme pour reconnoître les ſervices qu'on lui a rendus, pour procurer quelque avantage à la Societé, &c. c'eſt non ſeulement une vilenie à l'Héritier de ne pas les acquitter, mais encore une eſpece d'injuſtice. La raiſon en eſt, qu'on a tout lieu alors d'être aſſuré de la volonté du Défunt, quelque manque de formalitez qu'il y ait, & que c'eſt d'ailleurs une volonté raiſonnable; enſorte même que quelquefois les perſonnes intéreſſées ont un droit, ſinon parfait, du moins imparfait, d'en éxiger les effets. Au lieu que, quand celui à qui une Succeſſion revenoit *abinteſtat* fait caſſer le Teſtament, il peut préſumer que le Teſtateur a été ſurpris, ou qu'il y a quelque fraude dans le Teſtament; d'autant plus, que ſi un Teſtateur veut abſolument fruſtrer l'Héritier légitime, il eſt bien difficile qu'il ne trouve moyen d'obſerver exactement toutes les formalitez néceſſaires. Ainſi l'Héritier légitime a lieu de regarder cela comme moralement impoſſible; & par conſéquent de tenir pour nul un acte qui n'eſt pas conforme aux Loix, en vertu deſquelles il a un droit parfait de prétendre à la Succeſſion; ſauf à lui, comme je l'ai dit d'executer les diſpoſitions ſages & équitables qui peuvent ſe trouver dans le Teſtament caſſé. Joignez ici ce que j'ai dit dans mon *Diſcours ſur le Bénéfice des Loix*, pag. 41, 42. *Edit. d'Amſt.*

(3) Voyez ſur toute la matiere des *Succeſſions*, tant *Légitimes* que *Teſtamentaires*, la ſeconde Partie des *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT; & les Interprêtes ſur *Digeſt.* Lib. XXVIII. *& ſeqq.* juſqu'au XXXIX. excluſivement; ou ſur les INSTITUTES, Lib. II. depuis le Titre X. juſqu'à la fin.

(4) C'eſt lorſque l'Héritier eſt chargé de rendre à un autre, ou au bout d'un certain tems, ou en certain cas, ou toute l'Hérédité, ou une partie ſeulement. Voyez INSTITUT. Lib. II. Tit. XXIII. XXIV. & les Interprêtes ſur DIGEST. Lib. XXXVI. Tit. I. *Ad Senatuſconſult. Trebellian.* Au reſte, le *Fidéicommis* eſt ſouvent odieux, parcequ'on s'en ſert pour éluder la Loi, ou pour fruſtrer les légitimes Héritiers. Voyez un beau paſſage des *Caracteres de* LA BRUYERE dans le Chap. XIV. *De quelques uſages.* C'eſt le Caractere qui commence ainſi: *La Loi qui défend de tuer un homme n'embraſſe-t-elle pas dans cette défenſe le Fer, le Poiſſon, le Feu, l'Eau, les Embûches, la Force ouverte, tous les moyens enfin qui peuvent ſervir à l'Homicide*, &c. Tome II. page 222. *Edit. d'Amſt.* 1731.

(5) Voyez le Chapitre ſuivant, §. dernier.

(6) C'eſt ce qu'il eſt cenſé faire, ſelon le Droit Romain, dès-là qu'il accepte l'Hérédité: *Hereditas autem quin obliget nos æri alieno, etiamſi non ſit ſolvendo, plus quam manifeſtum eſt.* DIGEST. Lib. XXIX. Tit. II. *De adquir. vel omitt. Heredit.* Leg. VIII. *princip.*

*Des Donations à cauſe de mort.*

§. IX. On diſtingue ordinairement des Teſtamens dont nous venons de parler, les (1) *Donations à cauſe de mort*, par leſquelles on transfére la Proprieté de ſes biens, en cas de mort, à une perſonne vivante, qui le ſçait & qui conſent. Ces ſortes de Donations ſe font, à mon avis, principalement en deux manieres. L'une, (2) lorſque croyant être en danger de mourir, on donne ſon bien & on le remet actuellement entre les mains du Donataire; enſorte pourtant que celui-ci n'en doit acquerir la Proprieté qu'au cas que le Donateur vienne à mourir dans cette circonſtance (a); c'eſt-à-dire, que le péril paſſé, la Donation eſt nulle. L'autre, (3) c'eſt lorſqu'on ſe reſerve la poſſeſſion & la pleine jouïſſance de ce que l'on donne à quelqu'un en cas de mort, & de telle ſorte que la Donation peut être révoquée pour certaines raiſons; par exemple, ſi le Donataire fait quelque grande injure au Donateur, ou ſi le Donateur vient à avoir des Enfans, &c. Lorſqu'il dépend du pur bon plaiſir du Donateur de révoquer une telle Donation, le Donataire n'acquiert aucun droit, tant que le Donateur a la faculté de changer de ſentiment; c'eſt-à-dire, tant qu'il conſerve l'uſage de la Raiſon. Car comme on n'eſt proprement engagé à rien, lorſqu'on peut ſe dégager toutes fois & quantes que l'on veut ſans rien executer, on ne ſauroit non-plus donner le nom de droit à une ſimple eſpérance dont il ne tient qu'au caprice d'autrui de nous fruſtrer entierement. Ainſi le Donataire ne commençant d'acquérir quelque droit qu'à la mort du Donateur, cet acte tient fort du Teſtament proprement ainſi nommé. Mais ſi, croyant être ſur le point de mourir on donne quelque choſe à un autre, de telle ſorte qu'il en devienne maître dès-lors, & que l'on ne puiſſe point révoquer la Donation au cas que l'on échappe du danger où l'on ſe trouve; c'eſt plûtôt une *Donation entre-vifs*, (4) qu'une *Donation à cauſe de mort*. Et même ſi en telles circonſtances on a donné tous ſes biens, ou du moins une ſi grande partie que l'on puiſſe en être conſidérablement incommodé, la Donation doit être réputée n'avoir été faite qu'à condition que l'on mourroit alors, y ayant lieu de préſumer que toute perſonne qui eſt en ſon bon-ſens ne veut pas ſe mettre elle-même à l'Hôpital, ou ſe réduire fort à l'étroit. C'eſt encore une eſpece de *Donation entre-vifs*, lorſque l'on transfére à quelqu'un la Proprieté de ſes biens d'une maniere irrévocable, s'en reſervant ſeulement l'uſufruit pour le reſte de ſes jours.

(a) Voyez-en des exemples dans *Homer.* Odyſſ. Lib. XVII. verſ. 78. & ſeqq. *Tit. Livius.* L. XXXII. Cap. XXXVIII. *Diod. Sicul.* Lib. XV. Cap. XIX. pag. 348. C. *Edit. Rhod.* *Euripid.* in Alceſt. v. 1020. & *ſeqq.*

§. IX. (1) *Mortis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis fit ſuſpicionem. . . . cùm magis ſe quis velit habere, quàm eum, cui donat; magiſque eum, cui donat, quàm heredem ſuum.* Instit. Lib. II. Tit. VII. §. 1. Voyez les Interprêtes ſur ce Titre, & ſur celui du Digeste, qui eſt cité dans la Note ſuivante.

(2) *Tertium genus eſſe donationis ait, ſi quis periculo motus, non ſic det, ut ſtatim faciat accipientis: ſed tunc demum, cùm mors fuerit inſecuta.* Digest. Lib. XXXIX. Tit. VI. *De mortis cauſa donation.* &c. Leg. II.

(3) Ceci eſt regardé par les Juriſconſultes Romains comme une Donation entre-vifs. Voyez ci-deſſous, *Liv.* V. *Chap.* IV. §. 1. *Note* 1. Et en effet, pour que la Donation à cauſe de mort tienne du Teſtament, & ſoit mieux diſtinguée des Donations entre-vifs, il vaut mieux la concevoir, ou comme nulle du moment que le péril eſt paſſé, ou comme ſujette à être révoquée ſans autre raiſon que le bon plaiſir du Donateur, quand on a donné ſimplement au cas qu'on vînt à mourir, & n'y ayant aucun danger prochain. La Donation faite de cette derniere maniere ſubſiſte tant qu'on ne l'a pas expreſſément revoquée, & la raiſon en eſt claire; au lieu que l'autre n'a beſoin d'aucune révocation. Voyez Julii Paulli *Recept. Sent.* Lib. III. Tit. VII. & là deſſus les Notes de Mr. Schulting.

(4) *Ubi ita donatur mortis cauſa*, ut nullo caſu revocetur, *cauſa donandi magis eſt, quàm mortis cauſa donatio; & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ibid. Leg. XXVII. Il y a des gens qui prétendent que cette Loi ne s'accorde pas avec d'autres, & que les Juriſconſultes Romains étoient ici d'avis different. Voyez les *Obſervations* de feu Mr. Branchu, Tome I. *Obſ.* IV.

CHAPITRE

# CHAPITRE XI.

## *Des* SUCCESSIONS ABINTESTAT.

Les *Succeſſions abinteſtat* ſont fondees ſur une préſomption de la volonté du Défunt.

§. I. L'Acquisition *Dérivée*, ou le tranſport de Proprieté qui fait paſſer les biens d'une perſonne à l'autre en vertu des maximes de la Loi Naturelle, ſans aucun acte particulier ni aucune diſpoſition expreſſe de l'ancien Proprietaire, (1) a lieu dans les Successions abintestat, dont voici le fondement. Les Hommes ayant attaché au droit de Proprieté le pouvoir de diſpoſer non ſeulement de ſes biens pendant qu'on ſeroit en vie, mais encore de les transférer valablement à autrui en cas de mort; ſi quelqu'un vient à mourir ſans avoir déclaré là-deſſus ſa derniere volonté, il n'y a nulle apparence qu'il ait prétendu abandonner ſes biens au premier occupant, & les laiſſer, pour ainſi dire, au pillage. En ce cas-là donc, le Droit Naturel ordonne de ſuivre les préſomptions les plus vraiſemblables que l'on peut avoir de la volonté du Défunt (a). Or dans un doute chacun eſt cenſé avoir voulu ce qui étoit le plus conforme & à ſon inclination naturelle, & à ſes Dévoirs.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 3.

Il faut ſuppoſer cette volonté conforme à la raiſon.

§. II. L'inclination *naturelle* des Hommes les porte ordinairement à tâcher de pourvoir, auſſi largement qu'il leur eſt poſſible, aux beſoins & aux intérêts, premierement de leurs Deſcendans, & enſuite des autres perſonnes qui ſont unies avec eux par les liens de la Conſanguinité; car on voit que le plus ſouvent la proximité du Sang produit l'union des Cœurs, & il n'y a preſque perſonne qui ne ſouhaite naturellement de laiſſer ſa Famille & ſa Parenté dans un état floriſſant. A l'égard des *Devoirs*, c'eſt un des principaux, de procurer, autant qu'il nous eſt poſſible, l'avantage des perſonnes dont la Nature nous ordonne d'avoir un ſoin tout particulier; & enſuite, de témoigner nôtre reconnoiſſance à nos Bienfaicteurs. Mais quand même il arriveroit ſouvent que de telles préſomptions ne s'accorderoient pas effectivement avec la volonté du Défunt, le bien de la paix demande que l'on n'admette pas aiſément des conjectures particulieres qui l'emportent ſur ces conjectures générales; ce qui produiroit un nombre infini de conteſtations. Ainſi, dans cette matiere la volonté du Défunt n'eſt pas tant préſumée telle qu'elle a été, que telle qu'elle devoit être, (1) conformément aux Devoirs de l'Homme, entre leſquels un des plus

Chap. XI. §. I. (1) Comme cette ſorte d'*Acquiſition Dérivée* eſt fondée ſur la volonté tacite du Défunt, elle eſt par conſéquent *naturelle*, ſelon la diviſion propoſée ci-deſſus, Chap. X. §. 1. *Note* 1. Mais parcequ'il y intervient pluſieurs diſpoſitions des Loix Civiles, qui, pour le bien de la paix, réglent ou doivent régler le plus exactement qu'il eſt poſſible, tout ce qui regarde les Succeſſions *abinteſtat*; à cet égard l'acquiſition eſt *mixte*, puiſqu'elle tient du civil, autant & quelquefois plus que du naturel.

§. II. (1) Cela ſuffit, à mon avis, pour répondre aux difficultez que propoſe Mr. de Bynkershoek, Obſervat. *Lib.* II. *Cap.* I. où il dit, que ſouvent les Peres & les Enfans ne s'aiment pas beaucoup, & que rarement les Freres ſont en bonne intelligence, moins encore les autres Parens; que même ceux qui ſont liez enſemble par le Sang ſe brouillent plus aiſément, & conçoivent une haine plus implacable les uns contre les autres que les Etrangers & les perſonnes indifférentes. Le même Auteur ſoûtient, que pour ſe convaincre que les Loix ne ſont pas fondées ſur une préſomption de la volonté du Défunt, il ſuffit de conſidérer qu'une Femme eſt excluë de la Succeſſion *abinteſtat*, quoiqu'elle ſoit plus chere à ſon Mari qu'aucun Parent; & on cite là-deſſus, Genese II, 24. Mais outre qu'il y a diverſes ſortes d'affection, & que de ce qu'on aime avec paſſion une Femme, comme il arrive quelquefois mais non pas le plus ſouvent, il ne s'enſuit point qu'on veuille la laiſſer héritiere de tous ſes biens; cela prouve ſeulement qu'en réglant les Succeſſions *abinteſtat*, on a eu égard à l'interêt de l'Etat & à la conſervation des Familles, auſſi-bien qu'à l'inclination ordinaire des Particuliers, qui néanmoins ſecondent ſouvent ici par leurs déſirs les vûës des

plus conſidérables eſt, de ne pas donner occaſion aux querelles & aux procez. Il étoit donc de l'intérêt de la Societé Humaine, d'établir ici une régle générale, quelque ſujette qu'elle fût à faire aller contre la volonté d'un petit nombre de gens, plûtôt que de s'embarraſſer & d'embarraſſer les autres, pour tâcher de contenter tout le monde, dans une infinité de difficultez épineuſes & d'inconvéniens fâcheux; d'autant plus, que ſi quelqu'un veut abſolument qu'on ſuive après ſa mort la volonté particuliere où il eſt au ſujet de la diſpoſition de ſes biens, il ne tient qu'à lui de la déclarer d'une maniere authentique. On voit tous les jours, qu'un Pere, par exemple, a pour quelqu'un de ſes Enfans une tendreſſe toute particuliere; & en ce cas-là qui doute qu'il ne veuille l'avantager? Cependant, s'il meurt ſans teſter, ſes biens ſont partagez également entre ſes Enfans; deſorte que celui qui a été ſon mignon n'hérite rien de plus que les autres. Ce n'eſt pas que le Droit Naturel défende à un Pere d'avantager quelqu'un de ſes Enfans; mais ſi dans le partage d'une Succeſſion il falloit ſe régler ſur le dégré de tendreſſe que le Défunt avoit pour eux, il naîtroit de là une infinité de diſputes & de querelles entre les Freres. Le même inconvénient s'enſuivroit, lorſqu'un homme étant mort ſans Enfans, laiſſe pluſieurs Freres, dont il aimoit l'un plus que l'autre. Il arrive auſſi ſouvent, qu'il ne reſte que quelque Parent à un dégré éloigné, pour qui le Défunt n'a jamais eu d'affection particuliere, pendant qu'il y a au monde un Etranger, à qui il doit toute ſa fortune. Peut-on douter qu'en ce cas-là le Bienfaicteur n'ait été beaucoup plus cher au Défunt, que le Parent? Cependant, comme la comparaiſon qu'il auroit fallu faire entre le degré de parenté & le degré de reconnoiſſance, auroit fourni matiere à des procez très-embrouillez, on a trouvé bon parmi tous les Peuples, d'établir, qu'à moins que le Défunt n'eût expreſſément préferé ſon Bienfaicteur à ſes Parens (car en ce cas-là il eſt très-juſte de ſe conformer à ſa volonté) le moindre Parent ſeroit préferé à un Bienfaicteur: d'autant plus, que ſi le contraire avoit lieu les Bienfaits ſe réduiroient à un commerce intéreſſé, où le Bienfaicteur retireroit avec uſure ce qu'il auroit donné gratuïtement en apparence. D'où il paroît que les maximes naturelles de la Raiſon, qui décident des Succeſſions *abinteſtat*, n'ont pas égard à la volonté préciſe du Défunt, de laquelle ſouvent on n'eſt guéres aſſuré; mais à celle que l'on ſuppoſe qu'il devoit avoir ſelon l'inclination ordinaire & les Devoirs communs des Hommes, & à ce qui eſt le plus propre au bien de la paix (a). Les Loix Civiles de tous les Etats ſuivent auſſi ces maximes, ſoit pour prévenir les grands démêlez que l'avarice produiroit entre ceux qui pourroient fonder leurs prétenſions à une Hérédité ſur des raiſons aſſez égales; ſoit pour régler les Succeſſions *abinteſtat* d'une maniere conforme à l'Utilité Publique.

(a) Voyez *Boëcler* ſur *Grotius*, L. II. Cap. VII §. 3. *pag.* 245. & *ſeqq.*

Les *Enfans* paſſent devant tous les autres.

§. III. Voici donc l'ordre de ces ſortes de Succeſſions. La Raiſon, & la prati-

des Légiſlateurs; car combien de gens n'y a t-il pas qui ſouhaitent fort que leur bien ne ſorte pas de la Famille? Du reſte, Mr. de Bynkershoek nous fournit lui-même dequoi prouver que le Droit Romain ſe propoſoit de ſuivre, ſinon en tout & partout, du moins autant que le Bien Public le permettoit, la volonté & l'affection du Defunt; comme il paroît par un Chapitre entier du même Ouvrage, *Lib.* I. Cap. XIX. où l'Auteur explique très-bien une Loi qui porte, qu'un Pere, en inſtituant Héritier ſon Fils, s'acquitte d'un agréable devoir: *Perinde habebitur, atque ſi ſua manu pater tuus te heredem ſcripſiſſet*, Functus dulci officio. Cod. Lib. IX. Tit. XXIII. *De his qui ſibi adſcribunt in teſtam.* Leg. I. On ſçait auſſi que les Femmes n'étoient pas tout-à-fait excluës de la Succeſſion aux biens de leurs Maris, & que la Loi les y appelloit, à l'excluſion du Fiſc, quand il ne reſtoit plus de Parens paternels ou maternels. *Maritus & Uxor ab inteſtato ſibi invicem pro antiquo jure ſuccedant, quoties deficit omnis parentum, liberorumve, ſeu propinquorum legitima vel naturalis ſucceſſio, fiſco excluſo.* Cod. Lib. VI. Tit. XVIII. Leg. unic. *Unde vir & uxor.* Voyez le même Titre, Digest. Lib. XXXVIII. Tit. XI. & là-deſſus les Interprêtes.

que conſtante de tous les Peuples qui nous ſont connus, concourent également à faire paſſer les (a) *Enfans* devant tous les autres, (1) ſans en excepter le Pere & la Mere du Défunt. Cela eſt fondé, d'un côté ſur l'Obligation indiſpenſable que la Nature impoſe aux Peres & aux Meres, de nourrir & de bien élever leurs Enfans: de l'autre, ſur la tendreſſe paternelle, qui eſt ordinairement ſi grande, qu'il n'y a que les crimes énormes dont un Enfant ſe rend coupable, ou la barbarie monſtrueuſe d'un Pere dénaturé, qui ſoit capable, & rarement même, de l'étouffer dans ſon cœur.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 5.

Si les *Peres & Meres* ſont obligez de *nourrir* leurs *Enfans?*

§. IV. Pour ce qui regarde la *nourriture*, il y en a qui ont douté, (1) ſi un Pere & une Mere ſont tenus de la fournir à leurs Enfans en vertu d'une Obligation Parfaite, ou ſeulement en vertu d'une Obligation Imparfaite (a)? Surquoi quelques-uns croyent que ce ſeroit à la verité une grande inhumanité de ne pas nourrir ſes Enfans; mais que néanmoins les Enfans ne peuvent pas l'exiger à la rigueur, à moins que les Loix Civiles ne leur donnent là-deſſus un droit parfait, & qu'ainſi l'Obligation ſe rapporte à la *Juſtice Attributive*, & non pas à la *Juſtice Explétrice*. Mais pour moi je ſuis perſuadé qu'un Pere & une Mere ſont pleinement obligez de nourrir leurs Enfans, tant que les Enfans ne peuvent (2) pas pourvoir eux-mêmes à leur ſubſiſtance. Et cette Obligation paroît non ſeulement preſcrite par la Nature, mais encore fondée ſur l'acte même de la génération. (3) En effet, comme on ne doit pas mettre des Enfans au monde pour les faire périr enſuite, par cela même qu'un Pere & une Mere ont eu commerce enſemble pour la propagation de l'eſpece, ils ſe ſont tacitement engagez à conſerver, autant qu'il leur ſeroit poſſible, la vie qu'ils auroient donnée à ce qui naîtroit d'eux; & par conſéquent ils feroient beaucoup de tort à leurs Enfans s'ils leur refuſoient la nourriture. Mais quoique les Enfans puiſſent exiger à la rigueur que leur Pere & leur Mere leur fourniſſent les choſes néceſſaires à la Vie, ce droit ne ſauroit actuellement produire tous ſes effets à cauſe de la foibleſſe naturelle de leur âge, qui ne leur permet pas de faire valoir eux-mêmes leurs prétenſions. Les Loix Civiles y ſuppléent donc, en obligeant les Peres & les Meres à remplir, bongré malgré qu'ils en ayent, les engagemens où ils ſont à cet égard; & même par un effet merveilleux de la Sageſſe du Créateur, la tendreſſe paternelle eſt ordinairement ſi forte, que les Peres & les Meres s'acquittent avec plaiſir de ce Devoir naturel, enſorte que les Loix Civiles n'ont guéres beſoin d'uſer de leur autorité pour les y contraindre.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 4.

Ce qu'il faut entendre ici par la *nourriture*.

§. V. Au reſte, par la *nourriture* il faut entendre ici non ſeulement tout ce qui eſt néceſſaire pour la conſervation de la Vie Naturelle, mais encore tout ce qui eſt capable de former les Enfans à la Societé & à la Vie Civile. Pour le premier, on eſt tenu de le leur procurer juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de pourvoir eux-mêmes

§. III. (1) *Cùm Ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita, liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, propter quod & in jure civili ſuorum heredum nomen eis inductum eſt, ac ne judicio quidem parentis, niſi meritis de cauſis, ſummoveri ab ea ſucceſſione poſſunt*, &c. Digest. Lib. XLVIII. Tit. XX. *De bonis damnatorum*, Leg. VII. *princip.* Voyez Rom. VIII, 17. II. Corinth. XII, 14. Aristot. Ethic. *Nicomach.* Lib. VIII. Cap. XIV. Isæus, Orat. II. page 400. *Edit. Wech.* & Orat. V. page 461. Valer. Maxim. Lib. VII. Cap. VII. §. 2. Julianus *Imperator, in Cæſaribus*, page 334. D. *Edit. Spanheim.* Toutes citations de l'Auteur. Voyez les *Obſervations* de Mr. de Bynkershoek, Lib. I. Cap. XIX. que j'ai déja cité: & les Remarques de feu Mr. le Baron de Spanheim ſur le paſſage cité ici dans ſa Traduction Françoiſe, *page* 116. des Preuves, *Edit. d'Amſt.* 1728.

§. IV. (1) Chacun ſçait auſſi, que parmi les anciens *Grecs & Romains*, on croyoit pouvoir expoſer & tuer même ſes propres Enfans, & que le Chriſtianiſme a eu de la peine à abolir cette coûtume barbare; comme il paroît par le Traité de Mr. Noodt, *De partûs expoſitione & nece apud Veteres.*

(2) Joignez ici ce que j'ai dit ſur Grotius, Liv. II. Chap. VII. §. 4. *Note* 1.

(3) Voyez ci-deſſous, Liv. VI. Chap. II. §. 4.

à leur ſubſiſtance. A l'égard de l'autre, ou de l'Education, (1) les ſoins qu'on en doit prendre dépendent des facultez du Pere & de la Mere, & du naturel des Enfans. Mais il faut du moins travailler de tout ſon poſſible à les rendre honnêtes gens, & à les mettre en état de ſe rendre utiles, d'une maniere ou d'autre, au Genre Humain & à la Societé. Du reſte, ſi le Droit Naturel n'exige point que les Peres & les Meres ſe refuſent le néceſſaire pour laiſſer dequoi vivre à leurs Enfans, on eſt d'autre côté fort blâmable, lorſqu'ayant beaucoup de bien on ne fait pas élever ſes Enfans avec tout le ſoin poſſible.

Ce que l'on entend par *Enfans.*

§. VI. Sous le nom d'*Enfans*, on comprend (1) auſſi les Petits-Fils & du premier degré, (a) & des ſuivans, ſoit qu'ils deſcendent des Mâles ou des Femelles; à moins que le Pere & la Mere du plus proche dégré ne ſoient en état de les nourrir eux-mêmes (2). On doit auſſi la nourriture non ſeulement aux Enfans Légitimes, mais encore aux (3) Enfans Naturels ou Bâtards, & même à ceux qui ſont nez d'un commerce inceſtueux. Car pourquoi ces pauvres innocens ſeroient-ils condamnez à mourir de faim pour un crime où ils n'ont aucune part? Cependant s'ils concourent à la Succeſſion avec les Enfans Légitimes, (b) ils ne peuvent guéres prétendre y entrer pour une égale portion; à moins que le Pere ou la Mere ne l'ayent expreſſément ordonné. Que ſi un homme meurt lorſque ſes Enfans ſont encore en bas âge, non ſeulement ils héritent *abinteſtat;* mais même le Pere ne peut pas légitimement les fruſtrer par une déclaration expreſſe de ſes dernieres volontez, (4) de ce qui eſt néceſſaire pour leur entretien (c); car il eſt difficile de concevoir qu'à cet âge-là un Enfant ſoit capable de commettre un crime aſſez énorme pour le rendre indigne même de la nourriture.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 4. num. 6. & §. 6.

(b) Voyez *Geneſ.* *XXI*, 10. *Juges*, *IX*, 18. *XI*, 1, 2. & *Boëcler* ſur *Grotius*, *ubi ſuprà*, §. 4.

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. II. *De inofficioſo teſtamento*, Leg. XXVII. §. 3.

Si les Enfans doivent hériter de ce qui eſt au-delà de la nourriture?

§. VII. Pour ce qui eſt au-delà de l'entretien, ſi les Enfans en doivent hériter, ce n'eſt pas tant en vertu d'une Loi expreſſe du Droit Naturel, que parcequ'ordinaire-

§. V. (1) Voyez ci-deſſous, Liv. VI. Chap. II. §. 6, 12.

§. VI. (1) Liberorum *appellatione Nepotes & Pronepotes, cæterique qui ex his deſcendunt, continentur .... Etenim idcirco filios filiaſve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus.* Digest. Lib. L. Tit. XVI. *De verborum ſignificatione*, Leg. CCXX. Voyez auſſi *Leg.* LVI. & Institut. Lib. I. Tit. XIV. *Qui teſtamento tutores dari poſſunt*, Leg. V.

(2) *Ipſum autem filiam; vel filium, filios, vel filias, & deinceps, alere patri neceſſe eſt, non propter hereditates, ſed propter ipſam naturam, & leges quæ & à parentibus alendos eſſe liberos imperaverunt, & ab ipſis liberis parentes, ſi inopia ex utraque parte vertitur.* Cod. Lib. VI. Tit. LXI. *De bonis quæ Liberis in poteſtate patris*, &c. Leg. VIII. §. 5. Voyez auſſi Digest. Lib. XXV. Tit. III. *De agnoſcendis & alendis liberis*, Leg. V. §. 1, 5. & Leg. VIII.

(3) Voyez Grotius, dans l'endroit cité à la marge; Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, II. Part. Liv. I. Tit. I. Sect. II. §. 8. Il eſt certain que naturellement un Bâtard n'a pas une liaiſon moins étroite avec ſon Pere ou ſa Mere, qu'un Enfant Légitime. Parmi les Anciens *Grecs*, pluſieurs ne mettoient aucune différence entre ces deux ſortes d'Enfans; comme Mr. Le Clerc l'a remarqué dans ſon Commentaire ſur Genes. XXI, 10. Voici une des autoritez qu'il allégue:

Ὁ δὴ νόθος τοῖς γνησίοις ἴσον σθένει.
Ἅπαν τὸ χρηστὸν γνησίαν ἔχει φύσιν.

» Un Bâtard vaut autant qu'un Enfant légitime. Quiconque eſt honnête homme, & d'une honnête naiſſante. « Sophocles *in Alendis*, *apud Stob.* Serm. LXXVII. Les *Egyptiens*, comme Mr. Le Clerc le prouve au même endroit par un paſſage de Diodore de Sicile, ne tenoient aucun de leurs Enfans pour Bâtard, pas même ceux qu'ils avoient eus d'une Eſclave achetée. On voit auſſi que les Patriarches du Vieux Teſtament mettoient les Enfans qu'ils avoient eu de leurs Concubines, au même rang que ceux de leurs Femmes légitimes; comme il paroît par l'exemple de *Jacob*, qui partagea ſes biens également aux Enfans de *Lea* & de *Rachel*, & à ceux qu'il avoit eus de deux Concubines. La même choſe eſt en uſage parmi les *Mahometans*, comme notre Auteur le remarquoit ci-deſſous §. 9. Ainſi ce qu'il dit ici de l'inégalité du partage de la Succeſſion entre les Enfans Légitimes & les Enfans Illégitimes, n'eſt point fondé ſur le Droit Naturel. Et il faut poſer, au contraire, pour principe, que les uns & les autres doivent également hériter, à moins que le Pere & la Mere n'en ayent autrement diſpoſé; ce qui a lieu ſurtout à l'égard de la Succeſſion aux biens maternels.

(4) Justinien a eu la cruauté de refuſer même la nourriture des biens d'un Pere, aux enfans nez de quelque commerce inceſtueux, ou condamné autrement par les Loix: Novell. LXXXIX. *Cap. ult.* Voyez Mr. Noodt, ſur le Digeste, page 534. Au reſte la Loi que notre Auteur cite en marge ne fait rien au ſujet.

ment il n'y a perſonne pour qui les Peres & les Meres s'intéreſſent plus que pour leurs Enfans (1). En vain quelques-uns diſent-ils, que ceux qui ont des Enfans n'amaſſant du bien que pour eux, les Enfans ont quelque droit ſur les biens paternels & maternels au-delà de la ſubſiſtance, du vivant même de leur Pere & de leur Mere, enſorte que ceux-ci ne peuvent les en fruſtrer. Rien n'eſt plus faux que cette imagination; car en amaſſant du bien chacun penſe premierement & principalement à ſoi, & un ancien Poëte exprime bien ce ſentiment, lorſqu'il dit : (2) *Je dépenſerai le peu que je tirerai de mon petit fond, tout autant que je croirai le pouvoir faire avec prudence, ſans m'embarraſſer de ce que mon Héritier pourra penſer ou dire, quand il verra que je n'aurai pas fait profiter mon bien.* Pour ce que l'on a de reſte après avoir pourvû à ſes propres néceſſitez, on veut le laiſſer aux perſonnes qui nous ſont les plus cheres, telles que ſont ordinairement celles à qui on a donné la naiſſance (a). Ainſi toutes les prétenſions que les Enfans ont à la Succeſſion paternelle, préférablement à quelque autre perſonne que ce ſoit, conſiſtent (3) en ce que ſi leur Pere n'en diſpoſe pas autrement par une volonté expreſſe, (b) ils ſont préferez à tous les autres, & que même il arrive rarement que les Peres & les Meres agiſſent à cet égard contre l'inclination naturelle. C'eſt pourtant avec beaucoup de ſageſſe que les Loix Romaines vouloient qu'un Pere qui deshéritoit ſon Enfant, en marquât expreſſément les raiſons, & que toutes ne fuſſent pas recevables. On donnoit même aux Enfans exhérédez une action qui s'appelloit (4) *Plainte d'inofficioſité,* par laquelle ils faiſoient examiner en Juſtice, non ſi le Teſtateur avoit eu le pouvoir de donner ſes biens, pour de Juſtes cauſes, à d'autres qu'à ſes Enfans: mais ſeulement ſi (5) les raiſons qui l'avoient porté à faire une diſpoſition ſi contraire aux ſentimens naturels, étoient ſuffiſantes. Que s'il paroiſſoit qu'il y eût été uniquement pouſſé par quelque ſurpriſe, quelque artifice ou quelque fraude, ou qu'il eût agi par

(a) Voyez *Nicephor. Gregoras*, Lib. V. ſub fin.

(b) Il ne faut pas étendre plus loin la Loi XI. *Digeſt.* Lib. XXVIII. Tit. II. *De liberis & poſthum.*

§. VII. (1) C'eſt, ajoûtoit ici notre Auteur, une diſpoſition bien ſinguliere, que celle de *Cratès* Thébain, ancien Philoſophe, qui en mourant mit ſon argent en dépôt chez un Banquier, à la charge de le rendre un jour à ſes Enfans, s'ils étoient des ignorans; mais de le diſtribuer au peuple, s'ils devenoient Philoſophes : car, diſoit-il, avec la Philoſophie rien ne leur manquera. Diog. Laert. Lib. VI. §. 88. *Edit. Amſtel.* Ce petit conte auroit été mieux placé ailleurs.

(2) *Utar, & ex modico, quantum res poſcet, acervo*
*Tollam; nec metuam quid de me judicet heres,*
*Quòd non plura datis invenerit* ——— ———
Horat. Lib. II. *Epiſt.* II, 190, 191.

J'ai ſuivi la verſion du P. Tarteron. Le paſſage de *Juvenal*, XIV. 136, 137. que l'Auteur citoit encore, ne fait rien ici.

(3) Voyez une Diſſertation de Mr. Thomasius, intitulée *De legitima viventis*, Cap. III. §. 23. *& ſeqq.* publiée & ſoutenuë à *Hall* en forme de Diſpute, en 1700. De là il paroît, ce qu'il faut penſer de la *Légitime*, ou de cette portion des biens, plus ou moins grande ſelon les Loix & les Coûtumes, qui ne peut être validement ôtée aux Enfans par le Teſtament le plus authentique de leur Pere. Car, comme le remarque Grotius Liv. II. Chap. VII. §. 4. *num.* 5. elle n'eſt de Droit Naturel qu'autant qu'elle renferme ce qui eſt néceſſaire pour l'entretien des Enfans. Pour tout ce qui eſt au-delà, ils n'y ont d'autre droit que celui que leur donnent les réglemens des Loix Civiles. Au reſte, ſi l'on veut ſçavoir la détermination préciſe de cette partie des biens qui doit revenir aux Enfans, & les autres choſes qui regardent la Légitime, ſelon le Droit Romain, on peut conſulter les Interprétes ſur le Titre du *Digeſte* qui eſt cité dans la Note ſuivante, & les *Loix Civiles en ordre naturel*, par Daumat, II. Partie Liv. III. Tit. III.

(4) *Inofficioſi querela.* C'eſt que ces diſpoſitions étoient regardées comme contraires au devoir des Parens. Voyez Mr. Noodt ſur Digest. Lib. V. Tit. II. *De inofficioſo teſtamento*; comme auſſi Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel.* II. Part. Livre III. Tit. II. & les *Obſervations* de Mr. de Bynkershoek, Lib. II. Cap. XII.

(5) Ciceron, dans ſa *Harangue pour Sextus Roſcius*, répond à *Erucius*, Accuſateur de ſa Partie, ſur ce qu'il diſoit que le Pere de *Roſcius* avoit eu deſſein de le deshériter : *Id erat certi accuſatoris officium, qui tanti ſceleris argueret, explicare omnia vitia atque peccata filii, quibus incenſus parens potuerit animum inducere, ut naturam ipſam vinceret, ut amorem illum penitus inſitum ejiceret ex animo, ut denique patrem eſſe ſeſe obliviſceretur.* „S'il vouloit qu'on ajoûtât foi à l'accuſation d'un „crime ſi énorme, il devoit montrer par quels vices „& par quels crimes *Roſcius* s'étoit attiré la colere de „ſon Pere, & l'avoit porté à étouffer les ſentimens „de la Nature, à bannir de ſon cœur cette tendreſſe „qui y devoit être ſi profondément gravée, à oublier „en un mot qu'il étoit Pere. *Cap.* XIX. L'Auteur ci„toit plus bas ce paſſage.

pure bizarrerie; la Succeſſion étoit adjugée, par autorité publique, à ceux qui auroient hérité par le Teſtament même, ſi le Defunt l'eût fait ſans préoccupation & ſans un travers d'eſprit extraordinaire. Mais pour adoucir en quelque maniere ce que la *plainte d'inofficioſité* renfermoit d'injurieux à la mémoire du Teſtateur, les Enfans deshéritez prenoient ce tour, de ſoûtenir que leur Pere n'avoit pas eu l'uſage libre de ſon bon-ſens (c)

(c) Voyez *Mornacius, ad* Leg: II. & IV. Digeſt. *De inoffic. teſtam.* & *Grotius*, dans ſes *Sparſiones florum*, &c. ſur ces Loix, *pag.* 101. *Edit. Amſtel.*

Du reſte, comme la tendreſſe paternelle ne doit pas faire entierement oublier les autres Devoirs, lorſqu'un Pere a mis ſes Enfans aſſez à leur aiſe, rien n'empêche qu'il ne ſe ſerve de ſon bien pour exercer des actes de Reconnoiſſance ou de Libéralité, (6) quoique par-là il laiſſe ſa Famille un peu moins riche. Si, par exemple, une perſonne de qui l'on a reçu de grands bienfaits, ſe trouve avoir beſoin de nôtre ſecours, ou ſi en tirant de la pauvreté un homme d'un génie excellent, on lui donne le moyen de ſe pouſſer & de parvenir à quelque choſe de grand; pourquoi n'employeroit-on pas une petite partie de ſes biens à un ſi bon uſage & pour de ſi beaux ſujets? (7)

Un Pere n'eſt pas obligé de partager également ſes biens entre ſes Enfans.

§. VIII. On n'eſt pas non-plus obligé de partager également ſes biens entre ſes Enfans; mais on peut en *avantager quelqu'un*, ſoit parcequ'il s'en eſt rendu digne par ſon mérite ou par ſes ſervices; ſoit à cauſe des grandes eſpérances qu'il donne; ſoit enfin par l'effet d'une tendreſſe toute particuliere qu'on a pour lui (a). Rien n'empêche auſſi que pour conſerver la Famille entiere dans tout ſon luſtre, un Pere ne donne la plus conſidérable partie de ſes biens à un de ſes Enfans, laiſſant de moindres portions à chacun des autres. De là tirent leur origine, parmi pluſieurs Peuples, les droits de la (1) *Primogeniture*, en vertu deſquels, dans l'Antiquité la plus reculée, l'Aîné étoit le Chef & le Prêtre (2) de la Famille, & héritoit d'une double portion des biens paternels, qui devoit ſervir (b) à faire les frais des Feſtins & des Sacrifices. Il y a pourtant des Païs où les Cadets ont la plus groſſe portion de l'Hérédité, ou du moins le choix, après le partage fait en pluſieurs portions à-peu-près égales. Et la raiſon pourquoi on en uſe ainſi, c'eſt que les Cadets perdant ſouvent leur Pere dans un âge peu avancé, on trouve juſte de récompenſer par-là en quelque maniere les avantages de l'éducation paternelle, dont les Aînez ont dû joüir plus long-tems. Mais on peut dire, que ſi cet uſage convient aux Familles du commun, l'autre s'accorde mieux avec l'intérêt des Familles diſtinguées. De même, les Filles paſſant dans d'autres Familles (3) il n'eſt pas néceſſaire qu'elles emportent une por-

(a) Voyez *Geneſ.* XLVIII, 22. Conſultez auſſi un beau paſſage de *Quintilien*, Declamat. V. Cap. 12. *pag.* 115. *Edit. Burm.* que l'Auteur citoit à la fin du paragraphe.

(b) *Grotius*, ſur *Deuter.* XXI, 17. Voyez ce que dit *Bern. Varen Deſcript. Japon* Cap. XV. d'un avantage conſidérable qu'ont les aînez dans le *Japon*.

(6) Voyez les *Réflexions* de Mr. Le Clerc *ſur ce que l'on appelle Bonheur & Malheur en matiere de Loteries*, Chap. XII. page 119. *& ſuiv.*

(7) Notre Auteur rapportoit ici un exemple tiré de Plutarque, *De amore fraterno*, page 489. F. *Edit. Wech.* & qui a été extrémement loüé. C'eſt celui d'*Attalus Philadelphe*, à qui *Eumenès* ſon Frere ayant laiſſé en mourant & ſa Femme, & ſa Couronne de *Pergame*, quoiqu'il eût eu de cette Reine pluſieurs Enfans, il remit la Couronne à *Attalus*, Fils de ſon premier Mari, quand ce Prince fut en âge de régner. Notre Auteur renvoye encore à un autre exemple ſemblable que l'on trouve dans Hieron. Osorius, *de geſtis Regis Emanuelis*, Lib. IV. page 117. Mais ni l'un ni l'autre ne font pas préciſément au ſujet.

§. VIII. (1) Voyez ſur cette matiere une bonne Diſſertation de Mr. Buddeus, intitulée *De ſucceſſione primogenitorum*. Elle eſt la III. parmi ſes *Selecta Juris Nat. & Gentium*. A quoi il faut joindre ce qu'il dit dans une autre Diſſertation du même Volume, intitulée *De comparat. officior.* §. 31. *& ſeqq*

(2) Il n'eſt pas ſûr que le Sacerdoce fût un des droits de l'Aîné de la famille. Voyez Mr. Le Clerc ſur Genes. XXV. 31.

(3) Voyez Plin. Lib. VII. *Epiſt.* XXIV. *num* 1, 2. *Edit. Cellar.* Notre Auteur ſe mocquoit un peu plus bas du jugement de St. Augustin, (*de Civit. Dei*, Lib. III. Cap. XXXI.) qui a trouvé extrêmement injuſte la *Loi Voconienne*, par laquelle il étoit défendu de faire héritieres les Femmes de plus d'une certaine portion de l'Hérédité. Voyez Tite Live Epitom. Lib. XLI. Dio Cass. Lib. LVI. page 662. E. *Edit. H. Steph.* Quintilian. Declam. CCLXIV. Aul. Gell. Lib. VII. Cap. XIII. & XVII. 6. XX. 1. Asconius Pedianus, ſur la Harangue de Ciceron contre *Verrès*, Cap. XLI. Paul. Manut. *de Leg. Roman.* [mais ſurtout la Diſ-

tion des biens paternels auſſi groſſe que celle de leurs Frere ; car il eſt ridicule de s'imaginer, qu'il ſoit contre le devoir d'un Pere de partager ſes biens inégalement entre ſes Enfans, ſous prétexte qu'ils ſont tous également ſortis de lui. On peut certainement établir, non ſeulement par des Loix, mais encore par des Conventions particulieres, (4) que des Enfans nez même d'un mariage naturellement légitime n'auront à prétendre que ce qui eſt néceſſaire pour leur entretien, ou du moins qu'ils ſeront exclus de la principale partie de l'Hérédité; c'eſt-à-dire, ſimples légataires (c). Mais en tout ceci il faut agir avec beaucoup de prudence, pour ne pas ſemer la (d) haine & la diſcorde entre des Freres naturellement égaux, lorſque ſans de grandes raiſons, & ſans qu'ils l'ayent mérité l'un plus que l'autre, ils ſe verront traitez avec inégalité. C'eſt une Loi très-ſage que celle qui ſe trouve dans le DEUTERONOME, (e) par laquelle il n'étoit pas permis à un Pere de priver des droits de la Primogéniture l'Enfant qu'il avoit eu d'une Femme qui lui déplaiſoit, pour les transférer à celui d'une autre Femme qu'il aimoit; de-peur que gagné par les careſſes de la Femme bien aimée, il ne ſupposât quelque fauſſe raiſon, ou ne cherchât de légers prétextes pour ôter à l'Aîné les avantages que lui donnoit la naiſſance. Le plus ſûr (5) eſt même, à mon avis, de ſuivre autant qu'il ſe peut, la diſpoſition des Loix Civiles, qui pour l'ordinaire veulent que quand un Pere eſt mort ſans teſter, ſes

(c) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 8. num 2. & là-deſſus *Boëcler*.

(d) Voyez *Geneſ.* *XXXVII*, 4.

(e) *Deuter.* *XXI*, 15.

ſertation de Mr. PERIZONIUS, *de Lege Voconia*, (in *Diſſert. Triad.*) où il fait voir que cette Loi fixoit à cent mille ſeſterces, ou environ deux mille cinq cens Ecus, ce que l'on pouvoit donner à une perſonne du ſexe feminin, fût-elle Fille ou Sœur unique. ] *A Lacédémone*, comme le remarquoit encore notre Auteur, la condition des Femmes étoit bien plus dure ; car quand une Fille ſe marioit on ne lui donnoit point de dot; *afin*, dit PLUTARQUE, *qu'on ne recherchât point les Filles pour leur argent, & que celles qui n'auroient rien ne demeuraſſent pas à marier ; mais qu'on n'eût égard qu'au mérite de celles qu'ou vouloit épouſer.* Apophthegm. Lacon. *page* 227, 228. *Edit. Wech.*

(4) C'eſt ainſi que les Princeſſes, ou autres Femmes des grandes Maiſons, renoncent quelquefois, en ſe mariant dans une autre Famille, à la Succeſſion au Royaume ou aux biens de celle d'où elles ſortent; enſorte que ni elles, ni leurs Deſcendans n'y peuvent plus rien prétendre. Voyez la Diſſertation de Mr. BUDDEUS, *De Teſtamentis Summorum Imperantium, ſpeciatim* Caroli II. *Hiſpaniæ Regis*, Cap. I. §. 39. *& ſeqq.* Cap. II. §. 10. *& ſeqq.*

(5) „ En general, la plus ſaine diſtribution de nos „ biens en mourant, me ſemble être, les laiſſer diſ„ tribuer à l'uſage du Pays. Les Loix y ont mieux „ penſé que nous, & vaut mieux les laiſſer faillir en „ leur eſlection, que de nous hazarder de faillir teme„ rairement en la noſtre. Ils ne ſont pas proprement „ noſtres, puis que d'une preſcription civile & ſans „ nous, ils ſont deſtinez à certains ſucceſſeurs. Et „ encore que nous ayons quelque liberté au-delà, je „ tien qu'il faut une grande cauſe & bien apparente „ pour nous faire oſter à un ce que ſa fortune lui avoit „ acquis, & à quoi la juſtice commune l'appelloit : „ & que c'eſt abuſer contre raiſon de cette liberté, „ d'en ſervir nos fantaſies frivoles & privées. . . Nous „ prenons un peu trop à cœur ces ſubſtitutions maſ„ culines, & propoſons une éternité ridicule à nos „ noms. Nous poiſons auſſi trop les vaines conjectures „ de l'advenir, que nous donnent les eſprits puérils. . . „ C'eſt folie de faire des triages extraordinaires, ſur „ la foi de ces divinations, auxquelles nous ſommes „ ſi ſouvent trompez. . . . Le plaiſant Dialogue du Lé„ giſlateur de PLATON, (Tome II. page 922, 923. „ *Edit. H. Stephan.* De Legib. *Lib.* XI. page 969, 970. „ *Edit. Wechel. Ficini*) avec ſes Citoyens, fera honneur „ à ce paſſage. Comment donc, diſent-ils, ſentans „ leur fin prochaine ne pourrons-nous point diſpoſer „ de ce qui eſt à nous, à qui il nous plaira? O Dieux, „ quelle cruauté! Qu'il ne nous ſoit loiſible, ſelon „ que les noſtres nous auront ſervi en nos maladies, „ en noſtre vieilleſſe, en nos affaires, de leur donner „ plus & moins ſelon nos fantaſies! A quoi le Légiſla„ teur reſpond en cette maniere : Mes amis, qui avez „ ſans doute bien-toſt à mourir, il eſt malaiſé, & que „ vous vous cognoiſſiez, & que vous cognoiſſiez ce „ qui eſt à vous, ſuivant l'inſcription Delphique. „ Moi, qui fait les Loix, tien, que ni vous n'eſtes „ à vous, ni n'eſt à vous ce que vous jouïſſez. Et vos „ biens, & vous, eſtes à voſtre famille, tant paſſée „ que future, mais encore plus ſont au public & voſ„ tre famille & vos biens. Parquoi, de-peur que „ quelque flatteur en voſtre vieilleſſe ou en voſtre ma„ ladie, ou quelque paſſion vous ſollicite mal à pro„ pos de faire teſtament injuſte, je vous en garderai. „ Mais ayant reſpect & à l'intereſt univerſel de la „ Cité, & à celui de voſtre maiſon, j'eſtablirai des „ Loix, & ferai ſentir, comme de raiſon, que la „ commodité particuliere doit ceder à la commune. „ Allez-vous en joyeuſement où la néceſſité humaine „ vous appelle. C'eſt à moi, qui ne regarde pas l'une „ choſe plus que l'autre, qui, autant que je puis, me „ ſoingne du general, d'avoir ſouci de ce que vous „ laiſſez „. Quoique ce paſſage de MONTAGNE, (*Eſſais*, Liv. II. Chap. VIII. *page* 77. *& ſuiv. Edit. de Londres*) ſoit un peu long, je ne crois pas que les Lecteurs ſoient fâchez de le trouver ici. L'Auteur, qui ſe contentoit d'indiquer le Chapitre où il ſe trouve, renvoyoit auſſi à CHARRON *de la Sageſſe*, Liv. III. Chap. XIV. num. 38. qui, à ſon ordinaire, copie ici *Montagne*; & BACON. *Serm. fidel.* Cap. VII. *in fin.*

Enfans partagent également la Succeſſion; parceque dans un doute, ceux qui ſont parens du Défunt à un même degré, ſont cenſez lui avoir été également chers. Or on entend par *portions égales*, celles qu'un Héritier choiſit du conſentement des autres, ou que les Cohéritiers lui aſſignent avec ſon approbation, ou qui lui ſont échues par le ſort; quoiqu'en elles-mêmes elles puiſſent valoir un peu plus ou un peu moins que les autres.

§. IX. Il faut remarquer pourtant, que le Droit Naturel, auſſi-bien que (1) les Loix Civiles, eſt ici plus favorable aux Enfans Légitimes qu'aux Naturels; quoique les uns & les autres participent également au ſang de leur Pere. Car ceux qui ſont venus au monde par une ſuite d'un commerce vague, & où leur Pere ne ſe propoſoit que de ſatisfaire ſa paſſion, ne peuvent nullement prétendre être regardez ſur le même pié que ceux qu'il a mis au monde pour perpetuer ſa race, & pour laiſſer des Héritiers qui le repréſentent. Il eſt bien permis de légitimer les premiers; mais il faut que ce ſoit ſans faire aucun préjudice aux Enfans Légitimes, ou à ceux qui ont acquis d'ailleurs quelque droit ſur nos biens, ſuppoſé que l'on vive dans l'indépendance de l'Etat de Nature, & d'une maniere conforme aux réglemens des (a) Loix Civiles, ſi l'on eſt Membre d'un Etat. Que ſi un Pere ne voulant pas ſe remarier, pour l'amour des Enfans d'un premier lit, a pris une Concubine (2) qui ne fût que pour lui: en ce cas-là, les Enfans qu'il a eus de cette Concubine doivent ſe contenter d'une petite partie de la Succeſſion, & laiſſer le reſte aux autres, même ſans qu'il y ait là-deſſus une (3) volonté expreſſe du Pere. Mais s'il n'a pris une Concubine que pour ne pas s'expoſer à la fierté d'une Epouſe légitime, ou pour éviter la dépenſe qu'il auroit été obligé de faire pour celle-ci; ou ſi pour d'autres raiſons de Politique, ou même par l'effet de quelque Convention, il n'a pas voulu donner à cette Femme le titre & le rang d'Epouſe légitime; c'eſt alors par les Loix de l'Etat qu'il faut décider ſi les Enfans nez d'un tel commerce concourent avec les autres à la Succeſſion, & ſi au cas qu'il n'y ait point d'Enfans ſortis d'un Mariage dans les formes, ils doivent paſſer devant les autres Parens. Car ſi elles n'y ſont pas contraires, je ne vois pas pourquoi les Enfans nez de cette maniere ſeroient moins privilegiez, puiſque la cohabitation de leur Pere & de leur Mere étoit un veritable Mariage, à ne conſiderer que le Droit Naturel; ſurtout ſi le Pere n'a mis aucune différence entr'eux & les autres pour ce qui regarde leur éducation & les marques de ſa tendreſſe. Ainſi je m'imagine que quand même *Jacob* ne l'auroit pas lui-même ainſi réglé expreſſément, les Enfans qu'il avoit eus de ſes Servantes auroient hérité d'une portion égale à celles des autres: car autant qu'il paroît par l'Hiſtoire Sainte, il avoit toûjours traité les premiers de même que les derniers. Mais ſi un Pere a donné à connoître expreſſément, que la raiſon pourquoi il ne vouloit point d'Epouſe légitime, c'étoit afin que ſes biens demeuraſſent à ſes plus proches Parens paternels en ligne collatérale (ce que l'on eſt quelquefois obligé de faire pour des raiſons de Politique); les Enfans qui ſont nez de ce mariage ſecret, ne pourront prétendre

Les Enfans Légitimes ſont préferez aux Enfans Naturels, & comment.

(a) Voyez *Cod.* Lib. V. Tit. XXVII. *De naturalibus Liberis* &c. Leg. VI. & VII.

§. IX. (1) L'auteur citoit un peu plus bas une Loi de *Solon*, tirée d'ARISTOPHANE, *in Avibus*, verſ. 1660. *& ſeqq.* par laquelle les Bâtards étoient exclus de la Succeſſion. Voyez là-deſſus J. POTTERI *Archæologia Græca*, Lib. IV. Cap. XV. page 653. *& ſeqq. Edit. Lugd. Batavor.* ann. 1702. & ce que j'ai remarqué ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. VII. §. 4. *Note* 10.

(2) Voyez ci-deſſous, Liv. VI. Chap. I. §. 36.

(3) L'Original, dans toutes les Editions, porte le contraire: *etiam expreſſa voluntate patris.* Mais on voit bien que *ſine* a été omis aprés *etiam*: car qui doute, que ſi le Pere avoit expreſſément déclaré ſa volonté là-deſſus, elle ne dût être ſuivie? Le Traducteur Anglois a auſſi corrigé cette faute: mais Mr. HERTIUS l'a fidelement laiſſée dans ſon Edition de 1706.

aux biens de leur Pere qu'autant qu'ils en ont beſoin pour leur entretien ; à moins qu'une volonté expreſſe du Pere même, ou la diſpoſition des Loix Civiles, (b) ne leur donnent de plus grandes prétenſions. Or comme le Droit Naturel tout ſeul ne connoît point la différence des rangs & des conditions, c'eſt tout un, ſelon les maximes de ce Droit, que la Mere ſoit de haute ou de baſſe naiſſance, pourvû qu'elle eût donné la foi conjugale au Pere. Deſorte que ſi en certains endroits les Enfans d'une Mere de moindre extraction n'ont pas autant d'avantages que les autres, c'eſt uniquement en vertu de quelque Loi Poſitive. Mais comme le Droit Civil peut, pour des raiſons de Politique, préferer les Enfans Légitimes aux Naturels, & ne pas admettre ceux-ci, au défaut de Deſcendans, à la concurrence de la Succéſſion avec les Aſcendans : d'autre côté, ſi les Enfans Naturels ne ſont pas le fruit d'un commerce criminel, il ne paroît pas bien juſte de les exclure entierement de l'Hérédité. Il n'en eſt pas de même de ceux qui ſont nez d'adultere ou d'inceſte ; car quoiqu'un Enfant ne ſoit coupable en aucune façon du crime qui lui a donné la naiſſance (c) ; cependant, comme ſon Pere & ſa Mere ſouhaitoient ſans doute que leur commerce demeurât éternellement caché, s'il eût été poſſible, ils n'ont pas prétendu laiſſer leurs biens à ce qui en naîtroit : ainſi cet Enfant doit ſe contenter de la nourriture, & ne point réveler la turpitude de ſes Parens, en concourant à la Succeſſion avec ceux qui ont été mis au monde de propos délibéré pour la recueillir.

(b) Voyez *Boëcler* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. VII. §. 8.

(c) Voyez dans le Droit Canonique Cap. III. & ſeqq. *Diſtinct.* LVI.

Il faut que les *Enfans Légitimes* ayent été *reconnus* de leur *Pere*.

§. X. Grotius (a) ajoûte ici deux exceptions qui empêchent que les Enfans ne ſuccédent *abinteſtat* aux biens de leur Pere. L'une eſt, *ſi l'on n'a pas des aſſurances ſuffiſantes qu'ils ſoient véritablement ſes Enfans.* L'autre, *s'il y a des preuves que le Pere n'a pas voulu que ſon Enfant héritât.* En effet, on n'a pas une tendreſſe paternelle pour les Enfans d'autrui, & les préſomptions de la volonté ceſſent du moment que le contraire paroît manifeſtement. Or on ne peut pas toûjours prouver par des raiſons ou par des témoignages inconteſtables, qu'un tel eſt Pere d'un tel, comme l'on eſt aſſuré qu'une telle eſt Mere d'un tel ; ſurtout dans les lieux où les Femmes n'ont preſque d'autre garde que leur honneur & leur conſcience. La principale preuve ſurquoi l'on compte ici, c'eſt l'engagement du Mariage, où la Femme promet ſolennellement à ſon Mari de n'accorder la jouïſſance de ſon corps à d'autres qu'à lui ; & le Mari, d'autre côté, acquiert le droit de tenir ſa Femme ſous ſes yeux & de veiller à ſa conduite. Ainſi on préſume toûjours & qu'une Femme n'a point violé la foi conjugale, & qu'un Mari s'eſt ſervi de ſon pouvoir pour l'en empêcher ; à moins que le contraire ne paroiſſe par des preuves manifeſtes. Deſorte que chacun eſt, pour ainſi dire, en poſſeſſion de (1) paſſer pour le Fils du Mari de ſa Mere. A moins que d'avoir perdu l'eſprit, il ſe trouvera peu de gens qui veuillent eux-mêmes accuſer d'adultére leur propre Mere, ou qui ayent la ſotte vanité de cet Ancien (b), qui pour ſe faire regarder comme deſcendu de *Jules Céſar*, diſoit que pendant la Guerre des *Gaules*, *Céſar* avoit entretenu ſa Biſayeule qui étoit fort belle femme. Mais ſi les autres conteſtent à quelqu'un ſa qualité de Fils d'un tel, c'eſt à eux à prouver que celui qui paſſe pour ſon Pere étoit, par exemple, ou en voyage, ou mortellement malade dans le tems qu'il fut conçu (2).

(a) *Liv. II. Chap. VII.* §. 7, 8.

(b) *Julius Sabinus*, apud *Tacit*, Hiſtor. IV, 55. n. 3. *Edit. Rycq.*

§. XI.

§. X. (1) *Semper certa eſt* [ *Mater* ], *etiamſi vulgò conceperit. Pater verò is eſt quem nuptiæ demonſtrant.* Digest. Lib. II. Tit. IV. *De in jus vocando*, Leg. V.

(2) Après la mort d'*Agis*, Roi de *Lacédémone*, *Agéſilas* ſon frere, & *Leotychide* ſon fils, ſe diſputerent la ſucceſſion à la Couronne. *Agéſilas*, pour fonder ſes prétentions, allégua, *qu'*Agis *n'avoir jamais reconnu* Léotychide *pour ſon Fils*, *& que même la Mere de* Léotychide,

§. XI. A l'égard de l'autre exception, elle a lieu ou lorſqu'un Pere a chaſſé & comme renoncé pour ſien un de ſes Enfans, de ſon vivant, ce qui s'appelle (1) *Abdication*; ou lorſqu'il l'a *deshérité* par ſon Teſtament. Le premier étoit fort en uſage parmi les *Grecs*, & l'autre chez les *Romains* (a). Nous avons déja dit, qu'il ne faut en venir à ces extrémitez que pour de grandes & légitimes raiſons (2). Grotius ajoûte, que l'*Abdication* & l'*Exhérédation* ne s'étendent pas juſqu'à donner droit au Pere irrité de priver ſon indigne Enfant de la nourriture même, à moins qu'il n'ait mérité la mort. Mais je ne vois pas comment un Enfant (3) encore dans un âge où ſon Pere eſt naturellement obligé de le nourrir, peut commettre des crimes aſſez énormes pour mériter de mourir, ou même d'être ſimplement deshérité.

Et qu'il ne les ait pas *deshéritez*.

(a) Voyez *Boëcler* ſur *Grotius*, *ubi ſuprà*, §. 7.

§. XII. Les Peres & les Meres étant obligez, comme nous l'avons auſſi déja remarqué, de nourrir non ſeulement leurs Enfans, mais encore les Enfans de leurs Enfans, & ainſi de ſuite, ſi ceux-ci ſe trouvent orphelins; c'eſt-là le principal fondement de ce que l'on appelle *Droit de Repréſentation*, par lequel les (1) Enfans entrent en la place de leur Pere décédé; enſorte qu'ils héritent de ce qui lui reviendroit s'il étoit encore en vie, & qu'ainſi ils ſuccédent (2) par tiges conjointement avec ceux qui ſont au même degré qu'étoit le Défunt. En effet, il ſeroit bien triſte que des Enfans qui ſe voyent privez de leur Pere par une mort prématurée, perdiſſent outre cela les biens qu'il avoit lieu d'eſpérer ou par le bénéfice des Loix, ou par la deſtination de ſes Ayeux (a). Mais ſi, en quelques endroits les Loix Civiles n'autoriſent point ce droit de Repréſentation, ceux qui perdent leur Pere avant qu'il ait pû acquérir lui-même les biens qui lui revenoient, doivent regarder cela comme un malheur.

Du droit de *Repréſentation*.

(a) Voyez *Boëcler* ſur *Grotius*, *ubi ſuprà*, §. 6.

§. XIII. Au défaut d'Enfans du premier degré, ou des ſuivans, (a) la Raiſon veut que l'on défere la Succeſſion aux *Aſcendans*, non ſeulement en reconnoiſſance des obligations que le Défunt avoit à ſon Pere & à ſa Mere, mais encore parceque pour l'ordinaire c'eſt d'eux que ſont venus ces biens, ou du moins le premier fond; deſorte

Les *Aſcendans* ſuccedent au défaut d'Enfans.

(a) Voyez *Grotius*, Lib. II. Cap. VII. §. 5. *ibique Ziegler*.

tychide, *qui devoit ſçavoir ce qui en étoit bien mieux qu'*Agis, *avouoit qu'elle ne l'avoit pas eu de lui: Qu'un tremblement de terre, excité par* Neptune, *qui avoit chaſſé* Agis *du lit de ſa Femme, à la vûë de tout le monde: faiſoit bien voir qu'il n'étoit pas Pere de* Léotychie; *mais que cela étoit de plus confirmé par le tems de la conception, qui eſt la marque la plus certaine en ces ſortes de matieres; puiſque, quand* Léotychide *naquit, il y avoit dix mois qu'*Agis *s'étoit ſauvé, & n'avoit couché avec ſa Mere.* C'eſt ce que dit Xenophon, Hiſt. Græc. *Lib.* III. *pag.* 289. *Edit. H. Steph.* Cap. III. §. 1, 2. *Edit. Oxon.* [Voyez auſſi Plutarque, dans la Vie d'*Alcibiade*, page 203. E. Tome I. *Edit. Wech.*] Mais notre Auteur s'étant hazardé de traduire le Grec du premier de ces Hiſtoriens, a ſi fort gâté le ſens, que j'en crois à peine à mes yeux; car il a entendu ces paroles ἀλλ᾽ ἢ πολὺ καλλίον ἐκείνου εἰδυῖα μήτηρ, comme ſi elles vouloient dire, que *Léotychide étoit plus beau qu'Agis*; & dans ces autres ἐκ τοῦ θαλάμου ἐξελάσας σεισμὸς ἐς τὸ φανερὸν τὸν σὸν πατέρα, il y trouve, *qu'Agis avoit chaſſé de ſon lit la Mere de Léotychide*. Ainſi il faut de ſa pure grace alléguer à *Agéſilas* deux autres raiſons, dont la premiere eſt ridicule. Celle qu'*Agéſilas* tiroit du tremblement de terre, n'eſt guéres plus concluante; & les Medecins pouvoient auſſi lui conteſter celle des dix mois. Voyez ſur le dernier article, une Diſſertation de Charles Annibal Fabrol, *De juſto Partu*, imprimée à *Paris* en 1651.

§. XI. Voyez l'*Archæologia Græca de* Mr. Potter, Lib. IV. Cap. XV. à la fin; & Isaac Casaubon ſur *Diogéne Laërce*, Lib. I. §. 94. *Edit. Amſtel.*

(2) *Anténor*, comme le remarquoit ici notre Auteur, chaſſa de ſa maiſon ſon Fils *Glaucus*, pour avoir ſuivi *Pâris*, lorſque ce Prince alloit enlever *Heléne*. Dictys Cret. Lib. III. Cap. XXVI. *Edit. Amſtel.* 1702.

(3) Mais ſelon Grotius, un Pere eſt naturellement tenu de fournir à ſes Enfans le néceſſaire pendant toute leur vie; ainſi le cas eſt très-poſſible dans cette ſuppoſition.

§. XII. (1) *Sine dubio Nepos Filii loco ſuccedit*. Digest. Lib. I. Tit. VI. *De his qui ſui vel alieni juris ſunt*, Leg. VII. *Quotcunque autem Nepotes fuerint ex uno Filio, pro uno Filio numerantur.* Ibid. *Lib.* XXVII. Tit. I. *De excuſationibus tutorum*, &c. Leg. II. §. 7.

(2) Cette *Succeſſion par tiges* (*Succeſſio per ſtirpes*) eſt diſtingnée de la *Succeſſion par têtes* (*Succeſſio in capita*) en ce que dans la derniere chacun des Cohéritiers a une portion égale: au lieu que dans l'autre pluſieurs Enfans n'ont tous enſemble qu'une portion égale de l'Héredité, égale à celle qu'auroit eu leur Pere, & à celle qu'ont chacun des autres Cohéritiers qui ſont au même degré qu'étoit celui qu'ils repréſentent. Voyez la *Novelle* de Justinien CXVIII. Cap. I.

que ce que le Défunt y a depuis ajoûté doit être regardé comme un fruit qui en provient. D'ailleurs, comme un Pere ſouhaite de laiſſer ſes biens à ſes Enfans, il eſt juſte que quand il leur ſurvit contre le cours ordinaire de la Nature, il ait, dans ſa douleur, la triſte conſolation d'hériter de ce qu'ils laiſſent (1). Ajoûtez à cela, que la Vieilleſſe ſe trouvant quelquefois ſujette à de grandes infirmitez & à l'indigence, il faut y ſubvenir des biens d'un Enfant décédé, qui s'il eût été en vie étoit obligé en ce cas-là de nourrir ſon Pere, comme une Loi d'*Athénes* (2) l'ordonnoit expreſſément. Mais ſi le Pere du Défunt lui a témoigné ſans ſujet une haine mortelle, & lui a fait quelque injure atroce, ſans s'être reconcilié avec lui avant ſa mort, il pourra être légitimement exclus de (3) la Succeſſion de ſon Fils. Il en eſt de même d'un Pere qui avoit expoſé ſon Enfant; car il n'y a point de doute, qu'en ce cas-là celui qui s'eſt chargé du ſoin de l'élever ne doive hériter de ſes biens, au préjudice du Pere dénaturé à qui il n'a point tenu que ſon Enfant ne pérît dès la mammelle. Il eſt juſte auſſi de préférer à un *Pere Naturel*, un *Pere par adoption*, afin que celui-ci ſe dédommage par-là de ce qu'il a dépenſé pour l'éducation d'un Enfant d'autrui. Il faut remarquer encore, que ſelon les Juriſconſultes Romains le *droit de Repréſentation* n'a pas lieu dans la ligne des *Aſcendans*, comme dans celle des *Deſcendans*; deſorte que, ſi une perſonne qui meurt ſans enfans laiſſe ſon Pere & un Ayeul maternel, celui-ci ne ſuccede point en la place de ſa Fille. La raiſon en eſt, ce ſemble, que naturellement l'eſpérance d'une Succeſſion va en deſcendant, mais non pas en remontant:

§. XIII. (1) *Sic quoque abundè miſera res eſt, pater filio ſolus heres.* Plin. *Panegyr.* Cap. XXXVIII. *num.* 5. *Edit. Cellar. Nam etſi Parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentium, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quàm liberis, piè relinqui debet.* Digest. *Lib.* V. Tit. II. *De inoffic. teſtament.* Leg. XV. *princip.* Voyez Lib. XXIX. Tit. IV. *Si quis, omiſſa cauſa teſtamenti*, &c. Leg. XXVI. Cod. Lib. III. Tit. XXVIII. *De inoffic. Teſtam.* Leg. XXVIII. & Tit. XXV. *De inſtitut. & ſubſtitutionib.* &c. Leg. IX. & Lib. VI. Tit LVI. *Ad Senatuſc. Tertull.* Leg. IV. & Institut. Lib. III. Tit III. *De Senatuſconſ. Tertull.* §. 2. Toutes citations de l'Auteur qui remarquoit auſſi, que de ce qu'au défaut d'*Enfans* & de *Freres*, la Loi de *Moïſe* appelle a la ſucceſſion les *Oncles*, Philon Juif infere que les *Peres* peuvent auſſi hériter de leurs Enfans. „Car, „*dit-il*, il ſeroit ridicule de s'imaginer, qu'en même „tems qu'on adjuge l'Héredité à l'Oncle paternel du „Défunt, par la raiſon qu'il eſt parent du Pere du „défunt, on exclut le Pere même. Mais comme c'eſt „la Loi de Nature, que les Enfans ſuccedent aux Pe„res, & non pas les Peres aux Enfans; le Légiſlateur „a ſupprimé ce dernier cas, comme étant de mauvais „augure & contraire aux vœux d'un Pere & d'une „Mere; de-peur qu'il ne ſemblât qu'ils profitaſſent „de la mort prématurée de leurs enfans, qui doit „être pour eux un ſujet d'affliction inexprimable. „Cependant il les appelle indirectement à la Suc„ceſſion, par cela même qu'il l'a défere aux On„cles, pour garder les Loix de la bienſéance, & „pour conſerver le bien du Défunt dans ſa Famille. Καὶ τετάρτην δὲ θείοις πρὸς πατρὸς ἀπονέμει τάξιν, αἰνιττόμενος ὅτι καὶ πατέρες γένοιντ' ἂν υἱῶν κληρονόμοι· πάνυ γὰρ εὔηθες ὑπολαβεῖν, ὅτι πατρὸς ἀδελφῷ νέμων κλῆρον ἀδελφιδοῦ, διὰ τὴν πρὸς τὸν πατέρα συγγένειαν, αὐτὸν ἀφείλετο τὸν πατέρα τῆς διαδοχῆς· ἀλλ' ἐπειδὴ ὁ νόμος φύσεώς ἐστι κληρονομεῖσθαι τοὺς γονεῖς ὑπὸ παίδων, ἀλλὰ μὴ τούτους κληρονομεῖν, τὸ μὲν ἀπευκταῖον καὶ παλίμφημον ἡσύχασεν, ἵνα μὴ πατὴρ καὶ μήτηρ προσοδεύεσθαι δοκῶσι τὰ ἐπὶ ὠκυμόροις τέκνοις ἀπαρηγόρητα πένθη, πλαγίως δ' αὐτοὺς ἐκάλεσε, τοῖς θείοις ἐφιεὶς, ἵνα καὶ ἀμφοτέρων στοχάσηται, καὶ τοῦ πρέποντος, καὶ τοῦ μὴ τὴν οὐσίαν ἀλλοτριωθῆναι. *De vita Moſis*, Lib. III. page 690, 691. *Edit. Pariſ.*

(2) On la trouve dans un ancien Orateur Grec. Κελεύει γὰρ [ὁ νόμος] τρέφειν τοὺς γονέας· γονεῖς δ' εἰσὶ, μήτηρ καὶ πατὴρ, καὶ πάππος καὶ τήθη. καὶ τούτων μήτηρ καὶ πατὴρ, ἐὰν ἔτι ζῶσιν ἐκεῖνοι γὰρ ἀρχὴ τοῦ γένους εἰσὶ, καὶ τὰ ἐκείνων παραδίδοται τοῖς ἐγγόνοις. διόπερ ἀνάγκη τρέφειν αὐτούς ἐστι, κἂν μηδὲν καταλίπωσι. „La Loi ordonne de nourrir ſon Pere & ſa Mere. Or „par le Pere & la Mere on entend non ſeulement ceux „qui ſont proprement ainſi nommez, mais auſſi l'A„yeul & l'Ayeule, & même le Biſayeul & la Biſa„yeule, s'ils vivent encore: car ils ſont la ſource de „la race, & leurs biens paſſent à leurs Deſcendans. „On eſt donc obligé de les nourrir, quand même on „n'auroit rien à attendre d'eux. Isæus, Orat. VII. page 518. *Edit. Wech.*

(3) Voyez la *Novelle* de Justinien CXV. Cap. IV. & Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, II. Part. Liv. III. Tit. II. Sect. II. §. 4.

ainſi le Fils ayant lieu d'eſpérer la Succeſſion de ſon Pere, a pû tranſmettre cette eſpérance à ſes Enfans, & aux Enfans de ſes Enfan; au lieu que la Mere eſt cenſée n'avoir jamais ni eſpéré ni ſouhaité d'hériter de ſes Enfans; & par conſéquent n'a pû faire remonter cette Succeſſion à ſes Ayeux: ainſi le plus proche (4) Aſcendant exclut tous les autres.

Les *Collateraux* ſuccedent au défaut d'Aſcendans & de Deſcendans.

§. XIV. LORSQU'IL ne reſte ni Deſcendans ni Aſcendans, les *Collatéraux* ſont appellez à la Succeſſion, & indépendamment des réglemens des Loix Civiles, l'ordre naturel eſt que celui-là ſuccede que l'on préſume avoir été le plus cher au Défunt: bien entendu que dans cette préſomption on ait plûtôt égard à l'inclination ordinaire des perſonnes de bon-ſens, & à ce qui eſt le plus avantageux pour le bien de la paix, qu'à la bizarrerie & au caprice de quelques Eſprits particuliers. Ici donc, au jugement des Sages, la proximité du Sang donne naturellement la préférence; (a) enſorte pourtant qu'il faut conſidérer en même tems d'où ſont (1) venus les biens du Défunt, ou ſi, par cela même qu'il a été au monde, (2) il n'en a pas coûté quelque choſe à un autre. Mais après le Freres & les Sœurs, les Oncles & les Tantes, les Couſins & les Couſines, & tous les autres Parens, (b) pour qui la Nature elle-même nous engage d'avoir de l'affection; il (3) faut déférer la Succeſſion à ceux que leurs bienfaits, ou leur humeur commode, ou leur fidélité parfaite, ou enfin une inclination particuliere, avoit rendu les plus chers au Défunt, mort ſans teſter.

(a) Voyez *Grotius*, *ubi ſuprà* §. 9, 10, 11. *ibique Boëcler.*

(b) Voyez *Ariſtot.* Ethic. Nicom. L. VIII. C. XIV. *Cic. De Offic.* L. I. C. XVI. cité ci-deſſus L. III. C. III. §. 15. *Not.* 2. *Plutarch.* Lib. *de fraterno amore*; *Xenophon*, Cyrop. Lib. VIII. Cap. VII. page 545. *& ſeqq.* Ed. Oxon. & *Memorab. Socrat.* Lib. II. Cap. III.

* Si l'on doit quelquefois préferer un *Ami* aux Parens?

*§. XV. MAIS les *Amis* ne doivent-ils pas quelquefois être préferez aux Parens? On ſçait que pluſieurs de ceux qui ont fait l'éloge de l'Amitié, l'ont élevée au-deſſus des liaiſons (1) de Parenté. Il arrive en effet très-ſouvent, que l'on ſe plaît plus avec un Etranger qu'avec un Parent; que l'on confie au premier des choſes que l'on cache à l'autre; & qu'on ſe porte avec plus de promptitude à lui rendre ſervice dans le beſoin, qu'à ſecourir le Parent, parceque l'Etranger de ſon côté s'empreſſe plus que lui à nous obliger. Il ne s'enſuit pourtant pas de là, que dans l'établiſſement d'une pratique générale qui doit tenir lieu de Loi, il faille préférer aux Parens un ſimple Ami, quand même le Défunt lui auroit donné plus de marques d'affection qu'à aucun d'eux; car dans les Succeſſions *abinteſtat*, il ne s'agit pas uniquement de conſidérer les ſentimens favorables où étoit le Défunt envers telle ou telle perſonne, il faut voir encore à qui il eſt le plus à propos de faire paſſer ces biens, dont l'ancien Proprietaire n'eſt plus en état de diſpoſer par lui-même. Or comme l'inclination générale des Hommes eſt de rendre la Famille d'où ils ſortent, auſſi floriſſante qu'il ſe peut, le meilleur eſt pour l'ordinaire que les biens du Défunt demeurent à quelqu'un de ſes Parens. D'ailleurs,

(4) *Si autem plurimi Adſcendentium vivunt, hos præponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, maſculos & feminas, ſive paterni, ſive materni ſint.* NOVELL. CXVIII. Cap. II.

§. XIV. (1) C'eſt-à-dire, que ſi les biens étoient venus du côté du Pere, ils doivent paſſer aux Collateraux Paternels; & au contraire, s'ils étoient venus du côté de la Mere, les Collateraux Maternels doivent être préferez.

(2) C'eſt-à-dire, que ce qui ſeroit revenu de droit à une autre perſonne, ſi le Défunt n'eût jamais été au monde, doit retourner à cette perſonne-là ou à ſes Héritiers. Voyez ci-deſſous, §. 17.

(3) L'Auteur remarquoit ici que dans le Royaume de *Tunquin*, lorſqu'il y a diſpute entre les Parens pour la ſucceſſion, l'affaire ne ſe porte pas en Juſtice; mais on en laiſſe la déciſion aux Parens communs de ceux qui prétendent à l'Héredité; comme le rapporte ALEXANDRE *de Rhodes*, dans ſon *Voyage*, Lib. II. Cap. VIII. Mr. HERTIUS ajoûte, qu'il y a une ſemblable Loi établie à *Padouë*, ſurquoi on trouve un Livre exprès compoſé par MARC ANTOINE PLANCO.

§. XV. (1) Voyez HOMER. Odyſſ. Lib. VIII. verſ. ultim. EURIPID. *in Oreſt.* verſ. 806, 807. CICER. *de Offic.* dans le paſſage cité ci-deſſus en marge du §. 14. lett. b. VALER. MAXIM. Lib. IV. Cap. VII. *princip.* Toutes citations de l'Auteur. Au reſte, on peut conſulter ſur cette queſtion la Diſſertation de Mr. BUDDEUS, intitulée, *De comparatione obligationum quæ ex diverſis hominum ſtatibus oriuntur*, §. 35. *& ſeqq.* parmi ſes *Selecta Jur. Nat. & Gent.*

de ce qu'on a trouvé beaucoup de plaiſir à vivre familierement & dans une liaiſon fort étroite avec une certaine perſonne, il ne s'enſuit pas toûjours qu'on ait eu deſſein de la laiſſer héritiere de ſes biens; car cette ſorte d'union entre deux Etrangers, ſe réduit ordinairement à des témoignages réciproques de bienveillance, à des confidences mutuelles, & à un commerce particulier d'offices & de ſervices. Mais, pour avoir lieu de croire qu'une perſonne veut donner ſes biens après ſa mort, à un Ami qui n'eſt pas de ſes parens, & ne faire par ce moyen avec lui qu'une Famille, il faut qu'elle s'explique là-deſſus formellement. Les anciens *Romains* en matiere des Devoirs qu'on eſt obligé de rendre à autrui, mettoient immédiatement après le Pere & la Mere & les Enfans (2), ceux qu'ils appelloient *Cliens* : enſuite *ceux avec qui ils avoient droit d'Hoſpitalité* ; & enfin les *Parens & les Alliez* : mais, quand il s'agiſſoit de déférer une Succeſſion, ils n'avoient point d'égard à cet ordre. De-plus, ſi dans une Succeſſion *abinteſtat* il falloit quelquefois préférer les Amis aux Parens, cela donneroit lieu à une infinité de conteſtations ou entre les Parens & les Amis, ou entre les Amis mêmes, lorſque le Défunt en auroit plus d'un; car quoiqu'il n'y ait quelquefois perſonne avec qui l'on ſe plaiſe plus, ou à qui l'on ouvre plus volontiers ſon cœur qu'à un certain Etranger, ce n'eſt pas toûjours une marque infaillible qu'on l'aime plus que tous les autres, ſans en excepter ſes propres Parens. Souvent l'eſprit délicat, l'humeur enjouée ou commode d'un Ami, ſon habileté, ſon adreſſe, ou même une ſimple conformité d'âge, nous rend ſon commerce plus agréable ou plus utile que celui d'un Parent qui n'a aucune de ces qualitez; ſans que pour cela ces ſentimens nous portent toûjours à être dans le deſſein de diſpoſer de nos biens en faveur du premier préférablement à l'autre (3). Enfin, rien n'eſt plus facile que de compter diſtinctement les degrez de Parenté : mais le moyen de marquer les degrez d'Amitié d'une maniere ſi préciſe, qu'il n'y ait point de difficulté à placer chaque Ami ſelon ſon rang?

Si un *Bienfaiteur* doit paſſer devant les Parens?

§. XVI. Il paroît plus plauſible de préferer du moins aux Parens du Défunt, un Ami, par la liberalité, par les conſeils, ou par le ſecours duquel il avoit acquis ſes biens; car n'eſt-il pas juſte, ce ſemble, que les biens retournent au lieu d'où ils ſont venus? Mais ce ne ſeroit pas une ſource moins féconde de procez & de querelles; & par conſéquent, en matiere de Succeſſions *abinteſtat*, il ne faut pas avoir plus d'égard à la qualité de Bienfaiteur qu'à celle de ſimple Ami, puiſque l'établiſſement de tous les droits doit tendre ſurtout au bien de la paix. En effet, lorſqu'un Ami prétendroit ſur ce fondement à la Succeſſion, au préjudice des Parens, on pourroit lui répondre: Qu'il n'a fait que rendre la pareille au Défunt, ou que du moins le Défunt lui a témoigné aſſez de reconnoiſſance des bienfaits qu'il avoit reçus de lui: Que s'il avoit donné au Défunt, c'étoit ſans s'attendre à quelque retour, & à deſſein d'obliger non ſeulement lui, mais encore ſes Parens: Qu'il lui avoit rendu ſervice par vanité, ou par un motif d'intérêt: Que le Défunt pouvoit faire fortune par d'autres voyes: Qu'il n'eſt pas aiſé de ſçavoir combien les ſervices qu'il a rendus au Défunt ont contribué à lui faire amaſſer du bien: Que ſous prétexte qu'on a aidé quelqu'un

(2) *Conveniebat autem facilè, conſtabatque, ex moribus Populi Romani, primum juxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelæque noſtræ creditos* [ ſi neceſſe eſſet in opera danda faciundoque officio alios aliis anteferre ]; *ſecundùm eos proximum locum clientes habere, qui ſeſe itidem in fidem patrociniumque noſtrum dediderunt; tum in tertio loco eſſe hoſpites; poſtea eſſe cognatos adfineſque.* Aul. Gell. Lib. V. Cap. XIII.

(3) Μηδὲ κασιγνήτῳ ἶσον ποιεῖσθαι ἑταῖρον. Hesiod. *Op. & Dier.* verſ. 707.
„ Ne mettez pas vôtre Ami au même rang que vô-
„ tre Frere. L'Auteur citoit ici ce paſſage. Voyez le *Traité de l'Amitié*, par Mr. de Sacy, page 155. & ſuiv. *Edit. de Holl.*

à acquérir une choſe, on n'eſt pas toûjours en droit de prétendre y avoir part : Que les offices de l'Amitié ſe réduiroient à un commerce intéreſſé, ſi un Ami étoit appellé à la Succeſſion *abinteſtat* préférablement aux Parens du Défunt ; puiſqu'en ce cas-là il y auroit lieu de croire qu'il n'a prétendu que mettre, pour ainſi dire, en dépôt ce qu'il donnoit, ou qu'il s'eſt propoſé de le recouvrer avec uſure après la mort de celui auprès duquel il s'en faiſoit un mérite. Lors donc que le Défunt n'a pas expreſſément diſpoſé de ſes biens en faveur d'un Ami à qui il étoit redevable, les Parens doivent être préferez ; enſorte néanmoins qu'avec les biens du Défunt ils ſe chargent en quelque maniere de l'obligation qu'il avoit à ſon Bienfaicteur, & qu'ils doivent tâcher de lui témoigner, autant qu'il leur eſt poſſible, quelque reconnoiſſance de ce que par ſon moyen ils recueillent une bonne Succeſſion. En vain allégue-t-on ici la préférence que pluſieurs (a) donnent aux engagemens de la Reconnoiſſance, pardeſſus tous les autres Devoirs de la Vie ; car en matiere de Succeſſions *abinteſtat*, on ne peut ni on ne doit ſuivre en tout les régles de la Bénéficence ou de la Reconnoiſſance. Les Bienfaits partent d'un principe d'Humanité & de Libéralité ; enſorte qu'à proprement parler ils concernent uniquement les choſes qui ſont de telle nature, que celui qui les reçoit ne pouvoit les attendre que des impreſſions que ces Vertus feroient ſur l'ame du Bienfaicteur. Mais les Succeſſions *abinteſtat* ont d'autres fondemens, ſçavoir l'obligation où l'on eſt de pourvoir aux beſoins de certaines perſonnes ; les liaiſons du Sang ; l'inclination naturelle que (1) chacun a d'entretenir ou d'augmenter même le luſtre de ſa Famille ; & ſurtout le ſoin que l'on doit avoir de trouver l'expédient le plus aiſé, & le moins ſujet à produire des conteſtations, tel qu'eſt ſans contredit celui de déférer la Succeſſion au plus proche Parent du Défunt. D'ailleurs, comme d'autres l'ont déja remarqué, (b) en matiere de Succeſſions *abinteſtat*, il eſt plus néceſſaire de faire du bien le premier, que de rendre la pareille ; d'où vient que les Enfans vont devant le Pere & la Mere, quoique ceux-ci aiment plus (c) les autres qu'ils n'en ſont aimez, & leur faſſent plus de bien qu'ils n'en reçoivent : au lieu qu'en matiere de Bénéficence, il eſt plus néceſſaire de rendre la pareille que de faire du bien le premier. Ce n'eſt pas que la Reconnoiſſance ne doive entrer pour quelque choſe dans les dernieres volontez par leſquelles on diſpoſe de ſes biens : mais il n'étoit pas à propos d'établir une régle générale pour l'ordre des Succeſſions *abinteſtat*, ſur une ſimple préſomption de l'intention qu'avoit le Défunt de s'acquitter de ce qu'il devoit à ſes Bienfaicteurs.

(a) Voyez le paſſage de *Ciceron*, cité ci-deſſus : *Ariſtot.* Nicom. Ethic. Lib. IX. Cap. II. *Plutarch.* Apophthegm. *in Phocione*, Tome II. pag. 188. A. *Digeſt.* L. XXXIX. Tit. V. *De donationib.* Leg. XII.

(b) *Boecler* ſur *Grotius*, ubi ſuprà.

(c) Voyez *Lucian. in Abdicato*, Tome I. pag. 721.

Ordre de la Succeſſion *abinteſtat* entre les *Parens Collateraux.*

§. XVII. CELA poſé, il eſt clair que les plus proches Collatéraux à qui la Succeſſion *abinteſtat* doit être déférée, ce ſont les *Freres*, pour qui l'on a d'ordinaire une grande (a) tendreſſe, & qui auroient eu une plus groſſe portion des biens paternels, ſi le Défunt n'eût jamais été au monde. Il faut mettre au même rang les *Sœurs*, du moins en ce qui concerne les biens maternels & les acquêts : car comme elles ſe marient ordinairement hors de la Famille paternelle, il ne ſeroit pas à propos qu'elles euſſent une égale portion des biens paternels, du moins de ceux qui ſont deſtinez à maintenir la Famille dans tout ſon luſtre. Pour ce qui eſt des biens paternels, les *Freres de pere*, ou *de pere & de mere* paſſent les *Freres uterins*, ou de mere ſeulement ; comme ceux-ci d'autre côté ſont préférez aux premiers dans la Succeſſion

(a) Voyez *Quintilian.* Declamat. CCCXXI. ſub init. *Valer. Maxim.* Lib. V. Cap. V. princ. *Stobæus*, Serm. LXXXII. & ci-deſſus, §. 14. à la marge, lettre *b*.

§. XVI. (1) Πάντες γὰρ οἱ τελευτήσειν μέλλοντες πρόνοιαν ποιοῦνται σφῶν αὐτῶν, ὅπως μὴ ἐξερημώσωσι τοὺς σφετέρους αὐτῶν οἴκους. » Chacun penſe, en mourant, à ne pas laiſſer déchoir » ſa famille, ISÆUS, Orat. VI. page 492, 493. *Edit. Wechel.* L'Auteur citoit ici ce paſſage.

des biens maternels. A l'égard des acquêts ſurvenus depuis qu'un Pere s'eſt remarié, il eſt juſte que les Enfans du premier lit en ayent une plus groſſe portion, qu'un Frere (1) utérin de ceux du ſecond lit décédez; parcequ'ordinairement le Pere contribue plus que la Mere à l'acquiſition de ſes ſortes de biens. Au défaut de Freres, les *Neveux paternels* ſont appellez à la ſucceſſion, qu'ils doivent, ce ſemble, partager avec les *Oncles paternels*, parceque la portion du Pere du Défunt avoit diminué la leur. Il faut dire la même choſe des *Neveux* & des *Oncles maternels*, à l'égard des biens qui viennent de la Mere. Le même ordre doit être obſervé à l'égard des Collateraux qui ſuivent; enſorte qu'au défaut de Collateraux paternels, les Collateraux maternels parviennent à la Succeſſion paternelle, & qu'au défaut de ceux-ci les autres à leur tour ſuccédent aux biens maternels.

Les Loix Civiles ont ici un beau champ pour s'exercer.

§. XVIII. AU reſte tout ceci n'eſt de Droit Naturel que parcequ'il n'y a rien de plus conforme à la Raiſon & à l'ordre de la Nature, ni de plus propre à éviter les conteſtations, lorſque le Défunt n'a pas expreſſément déclaré ſa volonté, ou au défaut des réglemens des Loix Civiles, (a) & non pas qu'il y ait quelque Loi Naturelle qui détermine poſitivement ſur ce pié-là l'ordre des Succeſſions *abinteſtat*, enſorte qu'on ne puiſſe en diſpoſer autrement. Auſſi ne voit-on point de matiere de Juriſprudence ſur quoi les Loix Civiles entrent dans un plus ample détail, non ſeulement pour prévenir les diſputes des Parens, mais encore parcequ'il eſt bon que cela ſoit réglé d'une maniere conforme à l'intérêt de l'Etat. Par les *Loix des* DOUZE TABLES (1) la permiſſion de diſpoſer de ſes biens comme on vouloit, par Teſtament, étoit ſans bornes; & les *Romains* avoient pris cela de SOLON, qui *permit de donner tout à qui on voudroit*, (2) *quand on étoit ſans enfans, préférant ainſi l'Amitié à la Parenté*, & *le Choix à la Néceſſité & à la Contrainte, & rendant chacun véritablement maître de ſes biens.* Par où ce Légiſlateur ne (b) prétendit pourtant pas fruſtrer les Parens des droits que leur donnoit la proximité du Sang; mais il voulut, pat la vûe des Succeſſions qui étoient ouvertes à tout le monde, rendre les Citoyens complaiſans & officieux les uns envers les autres, & les engager en même tems à avoir d'autant plus d'amitié & de déférence pour leurs Parens, qu'ils ne pouvoient rien prétendre à leur Suceſſion s'ils ne ſçavoient gagner leurs bonnes graces

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 11.

(b) *Demoſthen.* Orat. adverſ. Leptin. pag. 574. C. *Edit. Genev.*

§. XVII. (1) Il y a dans toutes les Editions de l'Original: *Ex quo tempore pater meus fratrum* MEORUM *uterinorum matri nupſit*, &c. Mais la Mere de mon Frere uterin n'eſt-elle pas auſſi la mienne? Ainſi il faudroit ſuppoſer ici que les Enfans dont il eſt queſtion, fuſſent nez du ſecond Mariage: & ſur ce pié-là nôtre Auteur auroit allegué une raiſon qui ne convient point du tout au cas; puiſque comme la diſpute rouleroit ſur la Succeſſion aux biens d'un Frere né de ce ſecond Mariage, ce ſeroit un Frere de Pere & de Mere qui prétendroit inconteſtablement avoir un plus grand droit ſur les nouveaux Acquêts, comme provenus & du Pere & de la Mere, contre la demande d'un Enfant que la Mere auroit eu d'un premier lit, & qui par conſéquent ne pourroit alleguer que la moitié du titre ſur lequel ſes Freres uterins ſe fondent. Nôtre Auteur avoit ſans doute écrit par inadvertence, *fratrum* MEORUM *uterinorum*, pour *fratrum* DEFUNCTI *uterinorum*, comme je l'ai exprimé dans ma Traduction, qui fait maintenant comprendre ſans peine & le cas dont il s'agit, & la raiſon de la déciſion. Je dois cette correction à Mr. CARMICHAELL, habile Profeſſeur de *Glaſgow* en *Ecoſſe*, qui a eu la bonté de me communiquer en même tems une note de quatre ou cinq autres endroits, dans leſquels j'avois ou fait moi-même ſans y penſer, ou laiſſé paſſer quelques fautes groſſiéres qui donnoient des idées contraires à ce que j'avois eu dans l'eſprit.

§. XVIII. (1) J'ai cité la Loi ci-deſſus Liv. 1. Chap. VI. §. 6. *Note* 7. Voyez, ſur l'origine des Teſtamens, & ſur leur formalitez, &c. parmi les *Romains*, deux Diſſertations de Mr. THOMASIUS, intitulées; l'une, *Prima initia ſucceſſionis teſtamentariæ apud Romanos*: l'autre, *De ſenſu Legis Decemviralis teſtamentariæ.* Elles ſont toutes les deux imprimées à *Hall*, en 1705.

(2) Ὁ δ᾽ ᾧ βούλεταί τις ἐπιτρέψας, εἰ μὴ παῖδες εἶεν αὐτῷ, δοῦναι τὰ αὐτοῦ, φιλίαν τε συγγενείας ἐτίμησε μᾶλλον, καὶ χάριν ἀνάγκης· καὶ τὰ χρήματα, κτήματα τῶν ἐχόντων ἐποίησε. PLUTARCH. in ejus Vit. page 90. A. Tome I. *Edit. Wech.* J'ai ſuivi la verſion de Mr. DACIER.

mieux que les perſonnes indifférentes. D'ailleurs, outre qu'une entiere liberté, & un plein droit de Proprieté, demandent que l'on ne ſoit pas contraint de laiſſer ſon bien à d'autres qu'à ceux qu'on aime le plus; un Etranger nous paroît quelquefois beaucoup plus propre à faire un bon uſage de nôtre bien, & à s'en ſervir comme d'une aide à la Vertu, qu'un Parent que l'eſpérance d'une riche Succeſſion porte ſouvent à l'oiſiveté ou à la débauche (c). Et après tout, on eſt bien aiſe, en mourant, d'avoir la conſolation de laiſſer des biens que l'on a acquis avec tant de peine, à ceux qu'on aime le plus (d). Il faut avouer pourtant que ce pouvoir ſi abſolu de teſter donna occaſion, parmi les *Athéniens* auſſi-bien que parmi les *Romains*, à une infinité de fraudes, de ſurpriſes, de tromperies, de ſuppoſitions de Teſtamens, de ruſes & de ſtratagêmes pour atrapper les Succeſſions, ſurtout celles des Vieillards ou de ceux qui n'avoient point d'Enfans; & à pluſieurs autres inconvéniens fâcheux. On a ſurtout (e) deſapprouvé la permiſſion que donnoit *Solon* de léguer les Fonds de Terre; car de cette maniere, une ſeule perſonne poûvant hériter de pluſieurs Fonds, & les biens venant ſouvent en foule à ceux qui en ont le plus; il réſultoit de là une grande inégalité de richeſſes entre les Citoyens, ſource funeſte de l'envie des Petits contre les Grands, & de l'orgueil des derniers; deux choſes qui ſont la peſte d'un Etat, ſurtout d'un Etat populaire (3). C'eſt pour cela que par une Loi de Moïse (f) les Fonds ne pouvoient pas être alienez à perpetuité au bout de cinquante ans ils retournoient à leur ancien maître; & par une autre (g) Loi de ce même Légiſlateur, il étoit défendu aux Filles qui ſe trouvoient ſeules héritieres d'un Fonds, de ſe marier hors de leur Tribu, de-peur que les terres d'une Tribu ne s'aggrandiſſent au préjudice des autres.

Il y a d'autres Etats, (h) dans leſquels la liberté de teſter eſt ou entierement ôtée, ou réduite à de fort petites bornes. Les anciens (i) Germains *ne faiſoient point de Teſtament. C'étoient les Enfans qui héritoient, & à leur défaut les Freres & les Oncles tant paternels que maternels.* Voilà ce que dit Tacite, & je ne ſçai en vertu dequoi un Sçavant a prétendu (4) que ces paroles ſignifioient ſeulement, que les *Germains* vivant dans une profonde ignorance des Sciences & de l'Art d'écrire, ne ſçavoient ce que c'étoient que les Teſtamens écrits & les formalitez des coûtumes Romaines, à quoi l'Hiſtorien fait preſque toûjours alluſion dans la deſcription des mœurs de ces Peuples; mais parmi les *Romains* on faiſoit auſſi Teſtament de (5) vive voix. Si donc Tacite n'eût voulu dire autre choſe, il devoit s'exprimer d'une ma-

(c) Voyez *Theocrite*, Idyll. XVI. 59.

(d) Voyez la Harangue d'*Iſocrate*, intitulée *Ægineticus*.

(e) *Bodin*. Lib. V. Cap. II. *De Republica*, *pag*. 383. *Edit. Francof*. 1622.

(f) *Levit*. XXV, 10. ſur quoi voyez le Comment. de Mr. *Le Clerc*.

(g) *Nombr*. XXXVI, 8.

(h) Voyez les déciſions des Docteurs Juifs ſur cette matiere dans le Traité de *Selden*, *de Succeſſionibus in bona defuncti*, ſurtout Cap. XXIV. & *Grotius*, ſur les *Nombres* XXVII, 8. & ſuiv. Voyez auſſi les Loix de *Mahomet* dans l'*Alcoran* au Chapitre *des Femmes*.

(i) *Tacit. de morib. German*. Cap. XX.

(3) Aristote, comme notre Auteur le remarquoit plus bas, dit que pour bien conſtituer une République, il faut que les Succeſſions ne dépendent pas de la volonté arbitraire d'un Teſtateur; mais qu'elles ſoient déferées au plus proche Parent, & qu'une perſonne ne puiſſe avoir qu'une ſeule Héredité: car, ajoûte-t-il, de cette maniere il y aura une plus grande égalité de biens, & plus de gens peu accommodez pourront être mis à leur aiſe. Καὶ τὰς κληρονομίας μὴ κατὰ δόσιν εἶναι, ἀλλὰ κατὰ γένος μηδὲ πλειόνων ἢ μιᾶς τὸν αὐτὸν κληρονομεῖν. οὕτω γὰρ ἂν ὁμαλώτεραι αἱ οὐσίαι εἶεν, καὶ τῶν ἀπόρων εἰς εὐπορίαν ἂν καθίσταιντο πλείους. Politicor. Lib. V. Cap. IX. *ſub fin*. Voyez auſſi *Lib*. II. Cap. IX. page 329. D. *Edit. Pariſ*. L'Auteur citoit auſſi Plutarque, qui dit que l'Ephore *Epitadée* ayant introduit à *Lacédémone* la liberté de faire teſtament comme il plaiſoit à chacun, cela cauſa mille déſordres dans l'Etat: *In Vita Agid*. page 797. Voyez la Diſſertation de Mr. Thomasius, *De origine Succeſſionis Teſtamentariæ*, §. 39. *& ſeqq*.

(4) C'eſt Boecler ſur *Grotius*, Cap. VI. page 235. Voyez la Diſſertation de Mr. Buddeus, *De Teſtam. Summor. Imperant*. &c. Cap. I. §. 9.

(5 On appelle ces ſortes de Teſtamens, *Teſtamenta nuncupativa*; parceque le Teſtateur *nuncupabat heredem*, nommoit à haute voix ſon Héritier, ou déclaroit ſa derniere volonté de cette maniere, *ſuam voluntatem nuncupabat*. Par le Droit Romain, ils ſont auſſi bons que les *Teſtamens écrits*, pourvû que le Teſtateur ait declaré de vive voix ſa volonté en préſence de ſept Témoins. Voyez Institut. Lib. II. Tit. X. *De Teſtam. ordinand*. §. 14.

niere plus préciſe. D'ailleurs ce qu'il ajoûte fait voir que dans l'ancienne *Germanie* on gardoit fort religieuſement les droits de la Parenté. *Plus*, dit-il, *un homme a de Parens & d'Alliez, & plus ſa vieilleſſe eſt honorable ; car on n'y fait point la cour, comme à* Rome, *à ceux qui n'ont point d'Héritiers. Chacun prend les amitiez & les inimitiez de ſa Famille.* Ainſi aujourd'hui même en pluſieurs endroits d'*Allemagne* lorſqu'un fils naît à quelqu'un, on dit en langage commun, qu'il lui eſt ſurvenu un Héritier. Je ne vois pas au fond ce qui auroit pû faire prendre envie de teſter à des gens comme les anciens *Germains*, qui ne s'embarraſſoient point d'entaſſer des richeſſes ſuperfluës, qui contents d'un chetif attirail de ménage, avoient pour tout bien des grains, du bétail & de la chaſſe, dont ils ne penſoient guéres à ſe pourvoir que pour le beſoin préſent, & autant que le demandoit une vie ſimple & frugale ; qui enfin cultivoient tantôt une Contrée, & tantôt une autre, & partageoient enſuite les Terres ſelon la condition & la néceſſité de chacun. Après tout, les derniers ordres que l'on donne à ſes Proches, ne doivent pas toûjours paſſer pour un Teſtament, & la liberté de teſter n'eſt pas ſi inſéparable du droit de Proprieté, que le Souverain ne puiſſe établir une régle générale pour les Succeſſions, & préſcrire un certain ordre ſelon lequel elles ſoient toutes déferées *abinteſtat*. Celui que nous avons marqué, (6) eſt le plus ſimple & le plus conforme à l'inclination naturelle. Il ſert à empêcher l'inégalité de richeſſes entre les Citoyens ; à entretenir un certain nombre de Chefs de Famille, en ne permettant pas que pluſieurs (k) Fonds ſe réüniſſent ſous un ſeul maître, à perpétuer les biens & le luſtre des Familles. On a crû auſſi que les Parens, dans la penſée qu'ils héritoient néceſſairement les uns des autres, ſeroient engagez par-là plus étroitement à ſe témoigner une amitié réciproque, & à procurer leur avantage mutuel.

(k) Voyez *Bacon Hiſt. Henrici VII.* pag. 127. (page 94, *& ſeqq. Edit. Amſtel. Wetſten.*)

Mais ceux qui ont fait les réglemens les plus ſages en matiere de Succeſſions, ce ſont à mon avis les Peuples, qui laiſſant à chacun une entiere liberté de diſpoſer par Teſtament des biens qu'il a acquis par ſa propre induſtrie, ont établi que les biens qui venoient de pere en fils paſſeroient aux plus proches Parens. C'eſt-là un juſte tempérament, qui réünit merveilleuſement bien tout ce qu'il y a d'avantageux dans les raiſons alleguées de part & d'autre (7).

Juſques où l'Héritier eſt tenu des dettes du défunt?

§. XIX. Enfin, il y a ceci de commun entre les Héritiers Teſtamentaires & les Héritiers *abinteſtat*, que les uns & les autres doivent payer les dettes du Défunt ; & cela non pas tant en vertu d'un (a) engagement tacite où ils ſont entrez, que parceque (b) cette charge ſuit les (1) biens, qui ſont comme hypothéquez pour le payement

(a) C'eſt le fondement de la Loi VIII. *Digeſt.* Lib. XXIX. Tit. II. *De adquirend. vel omittend. heredit.*

(b) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XIV. §. 10. *num.* 2. Chap. XXI. §. 19 & Liv. III. Chap. II. §. 1.

(6) Voyez Plin. *Panegyr.* Cap. XXXVII. num. 2. *Edit. Cellar.* & le paſſage de Platon, que Boecler explique ſur Grotius Lib. II. Cap. VII. §. 9. On le trouvera ci-deſſus traduit par Montagne, §. 8. *Note* 5. Notre Auteur citoit encore cette ſentence de Publius Syrus, verſ. 255.

*Heredem ſcire utilius eſt, quàm quærere.*

„Il eſt plus avantageux de ſçavoir qui ſera notre Héritier, que de chercher à qui l'on doit donner ſes biens". Mais l'Edition de Gruter, renouvellée en 1708. porte :

*Heredem ferre honeſtius eſt, quàm quærere.*

„Il eſt plus honnête de ſe réſoudre à laiſſer pour Héritier celui que les Loix appellent à la Succeſſion, que de chercher quelqu'autre à qui l'on donne ſes biens". Cela fait, comme on voit, un ſens different.

(7) Notre Auteur rapportoit ici une coûtume des *Siamois*, fort éloignée des mœurs des *Européens* (Jodoc. Schouten, *Deſcript. Regni Siam.*) c'eſt que dans ce Royaume on fait trois portions des biens que les Riches laiſſent ; dont le Roi prend la premiere, l'autre revient aux Prêtres, ſur laquelle on prend auſſi les frais des funerailles ; la troiſieme enfin demeure aux Enfans. La coûtume des *Ethiopiens* de la Côte de *Guinée* n'eſt pas moins extraordinaire. Les Enfans n'y héritent rien ni de la Succeſſion de leur Pere, ni de celle de leur Mere ; mais tous les biens paſſent aux plus proches Parens du Pere ou de la Mere.

§. XIX. (1) *Nam patrimonii in alium tranſituri ea ratio eſt, ut primùm credito ſatisfiat.* Quintilian. *Declam.* CCLXXIII. page 527. init. *Edit. Burm.* Le même Auteur avoit dit auparavant : *Bona porro quæ ſunt ? ut opinor, ea quæ detractis alienis deprehenſa ſunt.* Page 526.

(2) Id

ment de ce que le Défunt doit ; car (2) chacun n'a de bien qu'autant qu'il lui en reſte, toutes dettes acquittées (3). Mais l'équité naturelle veut auſſi, que l'Héritier ne ſoit pas tenu des dettes du Défunt au-delà de la valeur de l'Hérédité.

## CHAPITRE XII.

### *De la* PRESCRIPTION.

Quelle différence il y a entre l'*Uſucapion*, & la *Preſcription*, ſelon les Juriſconſultes Romains ?

§. I. UNE autre ſorte d'Acquiſition (1) qu'il ne faut pas oublier ici, c'eſt lorſque pour avoir joüi long-tems ſans oppoſition d'une choſe appartenante à autrui, mais que l'on poſſéde de bonne foi & à juſte titre, on en acquiert la pleine Proprieté, enſorte que déſormais l'ancien Proprietaire n'a plus de droit ſur cette choſe, ni aucune action pour la repeter. C'eſt ce que le Droit Romain appelle (a) *Uſucapion*, à cauſe que l'on *prend*, pour ainſi dire, la Proprieté de la choſe par l'*uſage*, ou par une longue poſſeſſion. Et la fin de non-recevoir, par laquelle le Poſſeſſeur déboute l'ancien Proprietaire de toutes ſes prétenſions après le tems de l'Uſucapion expiré, eſt proprement ce que l'on appelle PRESCRIPTION (2) quoique ces deux termes ſe confondent très-ſouvent.

(a) *Quòd res capiatur uſu.*

Mais pour bien diſtinguer dans cette matiere ce qui eſt de Droit Naturel, & ce qui eſt de Droit Poſitif, il faut auparavant expoſer en peu de mots les principes du Droit Romain, avec les raiſons ſur leſquelles ils ſont fondez.

Ce que c'eſt que l'*Uſucapion*, & en quels cas elle a lieu par le Droit Romain ?

§. II. SELON les Juriſconſultes Romains, l'USUCAPION eſt (1) *une maniere d'ac-*

(2) *Id enim bonorum cujuſque intelligitur, quod æri alieno ſupereſt.* DIGEST. *Lib.* XLIX. Tit. XIV. *De jure fiſci*, Leg. XI. Voyez *Lib.* III. *Tit.* VI. *De calumniatoribus*, Leg. V. *princip. Lib.* XI. *Tit.* VII. *De religioſis & ſumptib. funer.* Leg. XIV. §. 1. *Lib.* XVI. Tit. III. *Depoſiti vel contra*, Leg. VII. §. 1. *Lex* WISIGOTHORUM, Lib. VII. Tit. II. Cap. XIX. Toutes citations de l'Auteur.

(3) Nôtre Auteur remarquoit ici que ſelon le rapport de GABRIEL-SIONITA, *de moribus Orientalium*, Cap. XVI. quand un Muſſulman fait ſon Teſtament, *il eſt obligé par les Loix de reſtituer tout le bien d'autrui qu'il a pris par des larcins ou des rapines, & de donner à ceux de qui il a pris quelque choſe, des billets d'obligation par leſquels il s'engage à les ſatisfaire. Que s'il ne ſçait à qui reſtituer, il legue une ſomme d'argent pour être employée aux Bâtimens publics, comme, aux Hôpitaux, aux Moſquées, aux Bains ; ou bien aux Pauvres & aux Religieux.* Dans FERDINAND DE PINTO, Cap. XXI. un Hermite Chinois conſeille trois choſes à *Antonio de Faria*, qui s'étoit rendu coupable de ſacrilége : la premiere, de rendre ce qu'il a pris ; la ſeconde, de demander la larme à l'œil le pardon de ſon peché ; & la derniere, de faire de grandes aumônes aux Pauvres. Voyez le même *Cap.* LX. A propos de quoi l'Auteur renvoyoit à l'Evangile de ST. LUC, XIX, 8.

CHAP. XII. §. I. (1) C'eſt ici la plus conſidérable ſorte d'*Acquiſition Civile*. Voyez la *Note* 1. ſur le §. 1. du Chap. X. Elle a pourtant lieu auſſi entre les Peuples, de la maniere qui ſera expliquée ci-deſſous. L'Auteur dans ſon Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. XII. §. 14 (15. de la Traduction Françoiſe) parle de deux autres eſpeces d'Acquiſition Civile. La premiere, c'eſt celle qui ſe fait lorſque le Souverain, ou les Loix, ôtent à un Criminel tous ſes biens, ou du moins une partie, applicables ou au Fiſc, ou à la perſonne lézée. On en traitera au long, Liv. VIII. Chap. III. L'autre, c'eſt celle qui ſe fait par les armes, ou par droit de Guerre. Mais voyez ce qui a été dit ci-deſſus, Chap. VI. §. 14.

(2) Dans notre Langue, le mot de *Preſcription* comprend tout. C'eſt auſſi celui que j'employerai le plus ſouvent. Voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. IV. §. 1. *Note* 1.

§. II. (1) *Uſucapio eſt adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis Lege definiti.* DIG. Lib. XLI. Tit. III. *De uſurpationibus & uſucapionibus*, Leg. III. *Cujas*, & quelques autres Interprêtes, comme le remarquoit notre Auteur, liſent ici *adeptio*, au lieu d'*adjectio* ; & en cela ils ſuivent ULPIEN, Fragm. *Tit.* XIX. *num.* 8. Mais ces deux leçons reviennent au fond à la même choſe ; car, quand quelqu'un a joüi ſans diſcontinuation, pendant le tems limité par la Loi, d'une choſe qu'il poſſedoit de bonne foi ; ce qui lui manquoit, je veux dire la pleine & entiere Proprieté, lui eſt *ajoûté*. Et la Loi, donnant ainſi au Poſſeſſeur quelque choſe de plus qu'il n'avoit, on peut auſſi très-bien dire qu'il l'*acquiert*. Voyez Mr. SCHULTING, *Juriſpr. Ante-Juſtin.* page 622. *Note* 33. Au reſte, la Preſcription ne regarde pas ſeulement la Proprieté, à prendre ce mot, comme nous faiſons dans un ſens qui renferme l'*Uſucapion* & la *Preſcription* proprement ainſi nommée : elle anéantit auſſi les autres droits & actions, lorſqu'on a ceſſé de les maintenir & d'en faire uſage pendant le tems limité par la Loi. Ainſi un Créancier qui n'a rien demandé pendant tout ce tems-là à ſon

*querir la Proprieté par la poſſeſſion non interrompuë d'une choſe durant un certain tems limité par la Loi.*

Toute perſonne capable d'acquérir quelque choſe en propre pouvoit préſcrite valablement. On acquéroit auſſi par droit d'*Uſucapion* toutes ſortes de choſes, tant mobiliaires qu'immeubles, à moins qu'elles ne ſe trouvaſſent exceptées par les Loix, comme (2) l'étoient 1. les *Perſonnes Libres ;* car la liberté a tant de charmes, qu'on

Débiteur, perd ſa dette. Celui qui a joüi d'une rente ſur quelque Héritage, ne peut plus en être dépouillé, quoiqu'il n'ait d'autre titre que ſa longue joüiſſance. Celui qui a ceſſé de joüir d'une Servitude pendant le même tems, en perd le droit : & celui au contraire qui joüit d'une Servitude, quoique ſans titre, en acquiert le droit par une longue joüiſſance. Voyez ſur toute cette matiere Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. III. Tit. VII. Sect. IV. & Mr. Titius, *Obſerv. in Lauterbach.* Obſ. MXXXIII. *& ſeqq.* comme auſſi dans ſon *Jus privatum Romano-Germ.* Lib. II. Cap. IX. Mais il eſt bon de remarquer ici, que par le Droit Naturel tout ſeul la Preſcription n'abolit point les *Dettes*, enſorte que par cela ſeul que le Créancier où ſes Héritiers ont été un long-tems ſans rien demander, leur droit s'éteigne, & le Débiteur ſoit pleinement déchargé. C'eſt ce que Mr. Thomasius a fait voir, dans ſa Diſſertation *De perpetuitate debitorum pecuniariorum*, imprimée à *Hall* en 1706. Le tems, dit-il, par lui-même n'a aucune force ni pour acquerir ni pour faire perdre un droit ; il faut qu'il ſoit accompagné de quelque autre choſe qui lui communique cette vertu. De-plus, perſonne ne peut être dépouillé malgré lui du droit qu'il avoit acquis en vertu du conſentement d'un autre, par celui-là même qui le lui a donné ſur lui. On ne ſe dégage pas en agiſſant contre ſes engagemens : & en tardant à les exécuter, on ne fait que ſe mettre dans un nouvel engagement, qui impoſe la neceſſité de dédommager les intéreſſez. Ainſi l'obligation d'un mauvais payeur devenant par cela même plus grande & plus forte de jour en jour, elle ne peut pas, à en juger par le Droit Naturelle tout ſeul, changer de nature & s'évanoüir tout d'un coup au bout d'un tems. En vain allégueroit on ici l'interét du Genre Humain, qui demande que les procez ne ſoient pas éternels ; car il n'eſt pas moins de l'interêt commun des Hommes, que chacun garde la foi donnée, que l'on ne fourniſſe pas aux mauvais payeurs l'occaſion de s'enrichir impunément aux dépens de ceux qui leur ont prêté, que l'on exerce la Juſtice, & que chacun puiſſe pourſuivre ſon droit. D'ailleurs, ce n'eſt pas le Créancier qui trouble la paix du Gènre Humain, en redemandant ce qui lui eſt dû : c'eſt au contraire celui qui ne paye pas ce qu'il doit, puiſque s'il eût payé, il n'y avoit plus de matiere à procez. En uſant de ſon droit on ne fait tort à perſonne, & il s'en faut bien qu'on mérite le titre odieux de plaideur, ou de perturbateur du repos public. On ne ſeroit pas mieux fondé à prétendre, que la négligence du Créancier à redemander ſa dette, lui fait perdre ſon droit, & autoriſe la preſcription. Cela ne peut avoir lieu entre ceux qui vivent l'un par rapport à l'autre dans l'indépendance de l'Etat de Nature. Je veux que le Créancier ait été fort négligent : cette innocente négligence mérite-t-elle plus d'être punie, que la malice nuiſible du Débiteur ? Ou plûtôt celui-ci doit-il être recompenſé de ſon injuſtice ? Quand même ce ſeroit ſans mauvais deſſein qu'il a ſi long-tems differé de ſatisfaire ſon Créancier, n'eſt-il pas du moins coupable lui-même de négligence ? L'obligation de tenir ſa parole ne demande-t-elle pas que le Debiteur cherche le Créancier, plûtôt que le Créancier le Débiteur ? Pourquoi donc, ſi tant eſt que la négligence doive être ici préjudiciable, le ſeroit-elle au Créancier plûtôt qu'au Débiteur ? Ou plûtôt la négligence du dernier ſeul ne devroit-elle pas être punie ? D'autant plus qu'il y auroit à gagner pour lui dans la preſcription, au lieu que l'autre y perdroit. Mais en faiſant abſtraction des Loix Civiles qui veulent que l'on redemande la dette dans un certain eſpace de tems, on ne peut pas bien traiter de négligent le Créancier qui a laiſſé en repos ſon Débiteur, quand même en prêtant il auroit fixé un terme au bout duquel ſon argent devoit lui être rendu ; car il eſt libre à chacun de laiſſer plus de tems, qu'il n'en a promis, & il ſuffit que l'arrivée du terme avertiſſe le Debiteur de payer. Le Créancier peut avoir eu auſſi pluſieurs raiſons de prudence, de neceſſité, & de charité même, qui le rendent digne de louange, plûtôt que coupable de négligence ; comme Mr. Thomasius le fait voir en détail. Enfin, il n'y a pas lieu de préſumer que le Créancier ait abandonné la Dette, comme en matiere de choſes ſujettes à preſcription, puiſque le Débiteur étant obligé de rendre non une choſe en eſpece, mais la valeur de ce q'on lui a prêté, il ne poſſede pas à proprement parler, le bien d'autrui, & il n'eſt pas cenſé non-plus le tenir pour ſien. Le Créancier au contraire eſt regardé comme étant toûjours en poſſeſſion de ſon droit, tant qu'il n'y a pas renoncé expreſſément, & qu'il a en main dequoi le juſtifier. Mr. Thomasius explique enſuite comment la Dette peut s'abolir avec le tems, par le défaut des preuves, & il montre que hors de là la preſcription n'avoit pas lieu par les Loix des Peuples qui nous ſont connus, ni même par celles des *Romains* juſqu'au regne de l'Empereur *Conſtance.* Voyez Jaques Godefroi, ſur le Code Theodosien, Lib. IV. Tit. XIII. *De Longi temporis præſcriptione*, Tome I. page 382, *& ſeqq.* Toute cette Diſſertation mérite d'être luë.

(2) En général tout ce qui n'entre point en commerce. Notre Auteur oublie dans cette énumeration des choſes imperſcriptibles, *les Lieux Publics ;* les *biens qui apartiennent au Public ; ce qui eſt du Fiſc ;* & le *Domaine du Prince.* Voici les Loix où tout ceci eſt compris. *Sed aliquando, etiamſi maximè quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi Uſucapio ullo tempore procedit : veluti ſi quis liberum hominem, vel rem ſacram, vel religioſam, vel ſervum fugitivum poſſideat.* Institut. *Lib.* II. Tit. VI. *De Uſucapionibus & longi temporis Preſcriptionibus* §. 1. *Furtivæ quoque res, & quæ vi poſſeſſæ ſunt, nec ſi prædicto longo tempore bona fide poſſeſſæ fuerint, uſucapi poſſunt.* Ibid. §. 2. *Res fiſci noſtri uſucapi non poteſt.* Ibid. §. 9. *Uſucapionem recipiunt maximè res corporales, exceptis rebus ſanctis, ſacris, publicis Populi Romani & Civitatium, item liberis hominibus.* Digest. Lib. XLI. Tit. III. Leg. IX. *Præſcriptio longæ poſſeſſionis ad obtinen-*

ne néglige guéres l'occaſion de la recouvrer ; ainſi il y a lieu de préſumer, que ſi quelqu'un ne l'a pas reclamée, c'eſt parcequ'il ignoroit ſa véritable condition, & non pas qu'il conſentît tacitement à ſon eſclavage ; deſorte que plus il y a de tems qu'il ſubit le joug, & plus il eſt à plaindre, bien-loin que ce malheur doive tourner en aucune maniere à ſon préjudice & le priver de ſon droit. On exceptoit encore 2. les *Choſes ſacrées* & les *Sépulchres*, qui étoient regardez comme appartenans à la Religion. 3. Les *Biens d'un Pupille*, tandis qu'il eſt en Minorité ; car la foibleſſe de ſon âge ne permet pas de le condamner à perdre ſon bien, ſous prétexte qu'il ne l'a pas revendiqué, & il y auroit d'ailleurs trop de dureté à le rendre reſponſable de la négligence de ſon Tuteur. 4. On mettoit au même rang les *choſes* (3) *dérobées, ou priſes par force*, & les *Eſclaves fugitifs*, lors même qu'un tiers en avoit acquis de bonne foi la poſſeſſion. La raiſon en eſt, que le crime du Voleur & du Raviſſeur les empêche d'acquérir par droit d'*Uſucapion*, ce dont ils ont dépouillé le légitime Maître, reconnu tel. Le tiers qui ſe trouve poſſeſſeur de bonne foi ne ſauroit non-plus préſcrire, à cauſe de la tache du larcin ou du vol, qui eſt cenſée ſuivre la choſe ; car quoiqu'à proprement parler il n'y ait point de vice dans la choſe même, cependant comme c'eſt injuſtement qu'elle avoit été ôtée à ſon ancien Maître, les Loix n'ont pas voulu qu'il perdît ſon droit, ni autoriſer le crime en permettant qu'il fût aux méchans un moyen de s'enrichir ; d'autant plus que les choſes mobiliaires ſe préſcrivant par un eſpace de trois ans, il auroit été fort facile aux Voleurs de tranſporter ce qu'ils auroient dérobé, & de s'en défaire dans quelque endroit où l'ancien Proprietaire ne pourroit pas l'aller déterrer pendant ce tems-là. Ajoûtez à cela, qu'une des raiſons pourquoi on a établi la Préſcription, c'eſt la négligence du Proprietaire à reclamer ſon bien. Or ici on ne ſauroit préſumer rien de ſemblable, puiſque celui qui a pris le bien d'un autre le cache ſoigneuſement. Cependant comme dans la ſuite les Loix ordonnerent que toute action, c'eſt-à-dire, tout droit de faire quelque demande en Juſtice, (4) s'éteindroit par un ſilence perpetuel de trente ou de quarante ans ; le Maître de la choſe dérobée n'étoit point reçu à la revendiquer après ce terme expiré, que l'on appelle le terme de la *Préſcription d'un très-long* (5) *tems*. Je ſçai bien qu'il y a des gens qui trouvent-

*da loca juris gentium publica concedi non ſolet*. Ibid. *Leg.* XLV. *Veluti ſi pupilli ſit*, &c. *Ibid.* Tit. I. Leg. XLVIII. *princ.* On exceptoit encore les *biens adventifs d'un Fils de famille*, que le Pere a aliénez avant que le Fils fût émancipé. COD. Lib. VII. Tit. XL. *De annali except.* &c. Leg. I. §. 2. Les choſes qu'un Teſtateur a défendu d'aliener. Voyez COD. Lib. VII. Tit. XXVI. *De uſucapione pro emptore*, &c. Leg. II. Les *Biens Dotaux*. DIG. Lib. XXIII. Tit. V. *De fundo dotali*, Leg. IV. XVI. & & autres choſes ſemblables.

(3) *Quod ſubreptum erit, ejus rei æterna auctoritas eſto.* C'eſt ce que porte la *Loi Atinienne*, rapportée par AUL. GELL. Lib. XVII. Cap. VII. & qui avoit été priſe des *XII. Tables*. On voit bien qu'*auctoritas* ſignifie ici *le droit de Proprieté*, ou le droit de reclamer ſon bien. Les *Loix des* DOUZE TABLES avoient déja rendu impreſcriptibles les choſes dérobées, comme le témoigne JUSTINIEN, INSTIT. Lib. II. Tit. VI. *De Uſucap.* §. 2. Et en ce tems-là, auſſi-bien que quand la *Loi Atinienne* fut faite, il ne falloit qu'un an pour acquérir, par droit d'*Uſucapion*, les Choſes Mobiliaires ; & deux ans pour les Immeubles.

(4) *Quæ ergo antea non motæ ſunt actiones, triginta annorum jugi ſilentio, ex quo jure competere cœperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem.* COD. Lib. VII. Tit. XXXIX. *De præſcriptione XXX. vel XL. annorum*, Leg. III. Voyez la Loi ſuivante, & *Leg.* VIII. §. 1. comme auſſi le Titre ſuivant, *De annali except.* &c. Leg. I. & CUJAS, *Obſerv.* Lib. X. C. 12. avec ſes *Paratitles* ſur les Titres du CODE dont il s'agit.

(5) *Præſcriptio longiſſimi temporis.* On l'appelle ainſi, pour le diſtinguer du terme ordinaire, dont la preſcription ſe nomme *Præſcriptio longi temporis*, COD. VII. Tit. XXII. XXXIII. XXXIV. XXXV. & qui étoit reglé ſur le pié que je dirai ci-deſſous, §. 4. Note 6, 7. La Preſcription de 30, & 40. ans, ou d'un *très-long tems*, fut établie, non par *Théodoſe le Grand*, comme on l'avoit cru, mais par *Théodoſe le Jeune*. Voyez JAQUES GODEFROI, ſur le CODE THEODOSIEN, Tome I. page 384. *& ſeqq.* il y en eut une autre bien plus longue, dont voici l'hiſtoire. L'Empereur JUSTINIEN, gagné par les Eccleſiaſtiques d'*Eméſe* ou *Emiſe*, Ville de *Syrie*, leſquels en vertu de quelques titres ſuppoſez, vouloient dépouiller les plus riches Familles de cette Ville, fit une Loi portant que les biens d'Egliſe, ceux des Villes, ceux des Hôpitaux & des autres lieux deſtinez à quelque uſage de Charité ou de Religion, ne ſe preſcriroient que par un eſpace de *cent ans*, COD.

là quelque choſe de contraire à l'équité ; parce, diſent-ils, qu'il eſt abſurde d'alleguer comme un bon titre la longue & paiſible joüiſſance d'une uſurpation, ou du fruit d'une injuſtice. Mais cet établiſſement peut être excuſé par l'utilité qui en revient au Public ; car il eſt de l'intérêt de la Societé, que les querelles & les procez ne ſe multiplient pas à l'infini, (6) & que chacun ne ſoit pas toûjours dans l'incertitude de ſçavoir ſi ce qu'il a lui appartient véritablement. D'ailleurs le Genre Humain changeant preſque de face dans l'eſpace de trente ans, il ne ſeroit pas à propos que l'on pût être troublé par des procez intentez pour quelque choſe qui s'eſt paſſé comme dans un autre ſiécle. Et comme il y a lieu de préſumer, qu'un homme, après s'être paſſé trente ans de ſon bien, eſt tout conſolé de l'avoir perdu, à quoi bon inquieter en ſa faveur celui qui a été ſi long-tems en poſſeſſion ? On peut auſſi appliquer cette raiſon à la (7) *Préſcription des Crimes* ; car il ſeroit ſuperflu de rappeller en Juſtice les crimes dont un long tems a fait oublier & diſparoître l'effet, enſorte qu'alors aucune des raiſons pourquoi on inflige des peines n'a plus de lieu (a).

(a) Voyez *Ant. Matth. De criminib.* ad L.XLVIII. *Digeſt.* Tit. XIX. Cap. IV. & Tit. XX. Cap. IV. §. 14.

* La *bonne foi* eſt néceſſaire pour acquérir par droit de Preſcription.

* §. III. Pour acquérir par droit d'*Uſucapion*, il faut premierement, (1) avoir acquis à juſte titre la poſſeſſion de la choſe dont celui de qui on la tient n'étoit pas le véritable maître ; c'eſt-à-dire, poſſeder en vertu d'une titre capable par lui-même de transferer la Proprieté, & être d'ailleurs bien perſuadé qu'on eſt devenu légitime Proprietaire ; en un mot *poſſeder de bonne foi* (2). Selon les Loix Romaines, il ſuf-

Lib. I. Tit. II. *De ſacroſanctis Eccleſiis*, Leg. XXIII. Mais la fraude ayant été découverte, & cette nouvelle Loi ayant cauſé un grand nombre de Procez, *Juſtinien* lui-même la corrigea, en réduiſant le privilége à un terme de quarante années, du moins pour les Egliſes d'Orient : Novell. IX. CXI. Voyez Cujas, *Obſerv.* Lib. V. Cap. V. & une bonne Diſſertation de feu Mr. Werlhof, Profeſſeur à *Helmſtadt*, intitulée, *Vindiciæ Grotiani dogmatis de præſcriptione inter liberas gentes*, §. 30. Il ne faut pas confondre avec la Preſcription de cent ans, celle qu'on appelle de *tems immemorial* ; quoique ſouvent elles reviennent à la même choſe. Voyez Grotius, Liv. II. Chap. IV. §. 7. avec les Notes & la Diſſertation que je viens de citer, imprimée en 1696. §. 18, *& ſeqq.* mais ſurtout deux Diſſertations imprimées à *Hall* en 1724. l'une ſous ce titre : *De fundamentis in doctrina de Præſcriptione & derelictione Gentium tacitâ diſtinctiùs ponendis* : l'autre, *De Præſcriptione Immemoriali, ſanæ Rationi & Juri Civili contrariante.* On y fait voir, que c'eſt improprement qu'on donne au droit dont il s'agit, le nom de *Preſcription*, & qu'il vaut mieux l'appeller *Poſſeſſion de tems immémorial* : parcequ'elle conſiſte en ce que le Poſſeſſeur ignore pour juſte cauſe, l'origine & le titre de ſa Poſſeſſion, ſans que ceux qui forment des prétenſions ſur la choſe poſſedée en puiſſent alleguer aucune preuve. La derniere Diſſertation eſt de Mr. Hoheisel ; & la premiere dont celle-ci n'eſt qu'une ſuite, fut publiée en forme de Diſpute Inaugurale, ſoutenuë par le même Auteur ſous la préſidence de Mr. Thomasius, & ſelon les principes de ce celebre Juriſconſulte.

(6) C'eſt ſur cette raiſon, auſſi-bien que ſur la négligence du Proprietaire à reclamer ſon bien, que les Juriſconſultes Romains fondent l'établiſſement du droit de Preſcription. *Bono publico Uſucapio introducta eſt, ne ſcilicet quarundam rerum diù, & ferè ſemper incerta dominia eſſent : cùm ſufficeret domino ad inquirendas res ſuas ſtatuti temporis ſpatium.* Digest. Lib. XLI. Tit. III. Leg. I.

(7) Selon le Droit Romain, il y a divers termes marquez pour la preſcription des Crimes ; mais la plûpart ſe preſcrivent par un eſpace de vingt ans. *Querela falſi temporalibus præſcriptionibus non excluditur, niſi viginti annorum exceptione, ſicut cætera quoque ferè crimina.* Cod. Lib. IX. Tit. XXII. *Ad Legem Cornel. de falſis*, Leg. XII. Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. IX. §. 6. & Cujas, *Obſerv.* IV, 14. *De Præſcriptionib.* Cap. 28. A quoi on peut joindre la Diſſertation de Mr. Thomasius, intitulée, *De præſcriptione Bigamiæ*, qui eſt la VIII. parmi celles de *Leipſic.*

§. III. (1) *Ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, cùm crederet eum dominum eſſe, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis juſta cauſa acceperit, is . . . . uſucaperet.* Institut. Lib. II. Tit. VI. *princip. Diutina poſſeſſio, tantum jure ſucceſſionis, ſine juſto titulo, obtenta, prodeſſe ad præſcriptionem hac ſola ratione non poteſt.* Cod. Lib. VII. Tit. XXXIII. *De præſcr longi temp.* &c. Leg. IV. *Nullo juſto titulo præcedere poſſidentes, ratio juris quærere dominium prohibet. Idcirco cùm etiam uſucapio ceſſet, intentio dominii nunquam abſumitur.* Lib. III. Tit. XXXII. *De rei vindicatione*, Leg. XXIV.

(2) Οὐ γὰρ ἐν τῷ λαβεῖν ἐςὶ τὸ δικαίως κτήσασθαι, ἀλλὰ τῷ χωρὶς ἐγκλημάτων ἔχειν. » Pour poſſeder juſtement, il ne ſuffit pas d'avoir » reçu une choſe de quelque autre, mais il faut l'a» voir acquiſe d'une maniere où il n'y ait rien à re» dire. Libanius, *Declam.* I. page 194. D. *Edit. Pariſ. Morell. Miſſum.* [ Acilium Strabonem ] *diſceptatorem à* Claudio *agrorum quos Regi Apioni* ( c'eſt ainſi qu'il faut lire, avec Lypse, au lieu de *Regis* Apionis ) *quondam habitos, & Pop. Rom. cum regno relictos, proximus quiſque poſſeſſor invaſerant, diutinaque licentia & injuria, quaſi jure & æquo nitebantur.* Tacit. *Annal.* Lib. XIV. Cap. XVIII. » *Atilius Strabo* avoit été envoyé par » *Claudius*, pour faire la recherche des Terres que le » Roi *Apion* avoit laiſſées avec ſon Etat au Peuple » Romain ; car les Voiſins s'étoient mis en poſſeſſion

fit que l'on ait été dans cette bonne foi (3) au commencement de la poſſeſſion. Mais le Droit Canonique porte (4), que ſi avant le terme de la Preſcription expiré, on vient à apprendre que la choſe n'appartenoit pas à celui de qui on la tient, on eſt obligé en conſcience de la reſtituer à ſon veritable Maître, & qu'on la détient déſormais de mauvaiſe foi, ſi du moins on tâche de la dérober adroitement à la connoiſſance de celui à qui elle appartient. Cette derniere déciſion paroît plus (5) conforme à la pureté des maximes du Droit Naturel; l'établiſſement de la Proprieté (a)

(a) Voyez le §. 2. du Chap. ſuivant.

» de ce qui étoit à leur bienſéance, & vouloient » faire paſſer pour un titre legitime une longue uſur» pation. L'Auteur citoit ces paſſages.

(3) *Ut in his omnibus caſibus ab initio eam bona fide capiat. . . . Quod & in rebus mobilibus obſervandum eſſe cenſemus, ut in omnibus juſto titulo poſſeſſionis anteceſſoris juſta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex poſteriore forſitan alienæ rei ſcientia, licet ex titulo lucrativo ea capta eſt.* COD. Lib. VII. Tit. XXXI. *De Uſucapione transformanda, & de ſublata differentia rerum mancipi & nec mancipi*, Leg. un.

(4) *Unde oportet, ut qui præſcribit, in nulla temporis parte, rei habeat conſcientiam alienæ.* DECRETAL. Lib. II. Tit. XXVI. *De Præſcription.* Can. XX. *ſive ult.* Voyez auſſi *Can.* V.

(5) MR. THOMASIUS ſoûtient, que par le Droit Naturel la bonne foi n'eſt nullement néceſſaire pour preſcrire, pas même dans le commencement de la poſſeſſion; pourvû qu'il ſe ſoit ecoulé un aſſez long eſpace de tems pour avoir lieu de preſumer que le véritable Proprietaire a abandonné ſon bien. Car, dit-il, de quelque maniere qu'on ſe ſoit mis en poſſeſſion d'une choſe appartenante à autrui, du moment que celui à qui elle appartient, ſçachant qu'elle eſt entre nos mains, & pouvant commodement la revendiquer, témoigne ou expreſſément, ou tacitement, qu'il veut bien nous la laiſſer, on en devient legitime maitre, tout de même que ſi on ſe l'étoit d'abord appropriée à juſte titre. *Théodoſe le Jeune*, en etabliſſant la Preſcription de trente ans, ne demandoit point de bonne foi dans le Poſſeſſeur: ce fut *Juſtinien*, qui, à la perſuaſion de ſes Conſeillers, ajoûta cette condition en un certain cas; & le Droit Canonique encherit depuis ſur le Droit Civil, en exigeant une bonne foi perpétuelle pour toute ſorte de Preſcripion. Le Clergé Romain trouva moyen par-là de recouvrer tôt ou tard tous les Biens Eccléſiaſtiques de quelque maniere qu'ils euſſent été alienez, & quoique ceux entre les mains de qui ils étoient tombez les poſſedaſſent paiſiblement de tems immémorial. Des Princes ambitieux ſe ſont auſſi prévalus de cette hypotheſe, pour colorer l'uſurpation des Terres qu'ils prétendoient *réunir* à leurs Etats, ſous prétexte que le *Domaine de la Couronne* eſt inalienable, & qu'ainſi ceux qui joüiſſent des biens qui en avoient été détachez étoient de mauvaiſe foi en poſſeſſion, puiſqu'ils devoient ſçavoir qu'on ne peut acquérir validement de pareilles choſes. D'où il paroit, que la maxime du Droit Canon, quelque air de pieté qu'on y trouve d'abord, eſt au fond contraire au Droit Naturel; puiſqu'elle trouble le repos du Genre Humain, qui demande qu'il y ait une fin à toute ſorte de procez & de différends, & qu'au bout d'un certain tems les Poſſeſſeurs de bonne foi ſoient à l'abri de la revendication. Ce ſont là les penſées de MR. THOMASIUS, que j'ai recueillies de divers endroits de ſes Ouvrages. Voyez la Diſſertation *De perpetuitate debitorum pecuniariorum*, §. 3. Note *lit. k.* & §. 27, 32. comme auſſi les *Inſtit. Juriſp. Divinæ*, Lib. II. Cap. X. §. 194, 195, 201. avec le Chapitre des *Fundamenta Jur. N. & Gent.* qui y répond, §. 17. *& ſeqq.* Pour moi, j'avouë que ſi le véritable Maitre d'une choſe priſe ou uſurpée, acquiſe en un mot de mauvaiſe foi, ne la reclame point & ne témoigne aucune envie de la recouvrer, pendant un long eſpace de tems, quoiqu'il ſçache fort bien entre les mains de qui elle eſt, & que rien ne l'empêche de faire valoir ſon droit; en ce cas-là, dis-je, le Poſſeſſeur injuſte devient à la fin légitime Proprietaire, pourvû qu'il ait déclaré d'une maniere ou d'autre qu'il étoit tout prêt à reſtituer, ſuppoſé qu'il en fût requis. Car alors l'ancien Maitre le tient quitte, & renonce manifeſtement quoique tacitement, à toutes ſes prétentions. Et c'eſt ce que notre Auteur décide auſſi dans ſes *Element. Juriſpr. Univ.* page 76, 77. Que ſi celui qui eſt entré de bonne foi en poſſeſſion du bien d'autrui, vient à decouvrir ſon erreur avant le terme de la Preſcription expiré, il eſt tenu à ce qui eſt du devoir d'un Poſſeſſeur de bonne foi. Voyez ce que je dirai ſur le Chap. ſuivant. Mais ſi, en demeurant toûjours dans la bonne foi, il gagne le terme de la Preſcription, ſoit que ce terme s'accorde exactement avec les maximes du Droit Naturel tout ſeul, ou que les Loix Civiles le réduiſent à quelque choſe de moins; le droit de l'ancien Maître eſt entierement éteint, comme je le montrerai ci-deſſous. Tout ce qu'il y a, c'eſt que, comme le Poſſeſſeur de bonne foi, qui a preſcrit, eſt l'occaſion, quoi qu'innocente, de ce que l'autre ſe voit déſormais debouté de toutes ſes prétentions; il doit, s'il peut, lui aider à tirer raiſon de l'injuſtice du tiers, qui a transferé un bien qu'il ſçavoit n'être pas à lui, & donné lieu ainſi à la preſcription. Du reſte, quoiqu'ici la bonne foi ſoit toûjours néceſſaire pour mettre la Conſcience en repos, cela n'empêche pas que les Loix Humaines ne puiſſent négliger cette condition ou en tout, ou en partie, pour éviter un grand nombre de procez. Il ſemble même que pour parvenir à leur but, il ſoit plus à propos de ne point exiger de bonne foi dans les Preſcriptions auſquelles elles fixent un fort long terme; ou de ne la demander du moins qu'au commencement de la poſſeſſion, & ainſi la maxime du Droit Civil eſt, à mon avis, mieux fondée que telle du Droit Canon. L'artifice du Clergé ne conſiſte pas tant en ce que les déciſions des Papes exigent une bonne foi perpétuelle dans celui qui doit preſcrire, qu'en ce qu'elles font regarder les Biens d'Egliſe comme inalienables ou abſolument, ou ſous certaines conditions qui donnoient lieu d'éluder à l'infini la Preſcription. Pour ce qui eſt des Princes, dont parle MR. THOMASIUS, ils prétendent que le *Domaine de la Couronne* ne peut jamais être aliené validement, & que la Preſcription n'a point de lieu entre ceux qui vivent les uns par rapport aux autres dans l'indépendance de l'Etat de Nature. Voyez le paragraphe dernier de ce Chap. & Liv. VIII. Chap. V. §. 9.

ayant impoſé à quiconque ſe trouve en poſſeſſion du bien d'un autre ſans ſon conſentement, l'obligation de faire enſorte, autant qu'il dépend de lui, que la choſe retourne à ſon véritable Maître. Mais le Droit Romain, qui n'a égard qu'à l'innocence extérieure, maintient chacun en paiſible poſſeſſion de ce qu'il a acquis, ſans qu'il y eût alors de la mauvaiſe foi de ſa part, laiſſant du reſte au véritable Proprietaire le ſoin de chercher lui-même & de reclamer ſon bien.

Une *poſſeſſion non interrompue* eſt auſſi néceſſaire pour preſcrire. Différence du *tems* par rapport aux *Abſens*, & aux *Immæubles*.

(a) Voyez *Boëcler* & *Ziegler* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. IV. §. 9.

§. IV. 2. Il faut encore ici une *poſſeſſion* qui n'ait été *interrompue* ni *naturellement*, ni *civilement*. Or la poſſeſſion eſt interrompuë *naturellement*, lorſque la choſe a demeuré pendant quelque tems comme abandonnée du Poſſeſſeur de bonne foi (1) ou qu'elle eſt retournée entre les mains du véritable Maître. Et elle eſt interrompuë *civilement*, (2) lorſque le veritable Maitre eſt en procès là-deſſus avec le Poſſeſſeur, ou que du moins il a proteſté de ſon droit (a). Surquoi on remarque, qu'un ſecond Poſſeſſeur profite du tems que (3) le premier avoit déja jouï de la poſſeſſion, pourvû que l'un & l'autre l'ayent acquiſe de bonne foi, & en vertu d'un titre légitime; ce qui a lieu non ſeulement à l'égard d'un Succeſſeur univerſel ou d'un Héritier, mais encore à l'égard de ceux qui ſuccedent à quelque droit en particulier, tel qu'eſt un Acheteur, un Donataire, &c. Mais quoique la mauvaiſe foi de l'Auteur de la poſſeſſion ſoit cauſe que celui qui la tient de lui ne peut pas joindre la ſienne à celle de l'autre, le Succeſſeur néanmoins, qui a reçu de bonne foi une certaine choſe particuliere, peut commencer & achever le tems de la Preſcription par ſa propre poſſeſſion (4). Il n'en eſt pas de même d'un Succeſſeur univerſel, ou d'un Héritier; (5) car comme il entre dans tous les droits du Défunt qu'il repréſente, ſon ignorance & ſa bonne foi n'empêchent pas l'effet de la mauvaiſe foi du Défunt.

3. Il faut plus de tems (6) pour preſcrire entre *Abſens* qu'entre *Préſens*.

§. IV. (1) Non ſeulement cela, mais encore toutes les fois que le poſſeſſeur de bonne foi a perdu la poſſeſſion, pour quel ſujet que ce ſoit, & l'a enſuite recouvrée; car alors il faut qu'il recommence ſur nouveau compte, & par conſequent qu'il ſoit auſſi de bonne foi au commencement de cette nouvelle poſſeſſion. *Naturaliter interrumpitur poſſeſſio, quum quis de poſſeſſione vi dejicitur, vel alicui res eripitur.* Dig. Lib. XLI. Tit. III. *De Uſurp. & Uſucap.* Leg. V. *Si quis bonâ fide poſſidens, ante uſucapionem amiſſâ poſſeſſione, cognoverit eſſe rem alienam, & iterum nanciſcatur poſſeſſionem; non capiet uſu, quia initium ſecundæ poſſeſſionis vitioſum eſt.* Ibid. Leg. XV. §. 2. Voyez auſſi le Titre ſuivant *Pro emtore.* Leg. VII. §. 4.

(2) *Utramque autem* [poſſeſſionem] *ita demum eſſe legitimam, cum omnium adverſariorum ſilentio, & taciturnitate firmatur: interpellatione verò & controverſia progreſſa, non poſſe eum intelligi poſſeſſorem, qui licet poſſeſſionem corpore teneat, tamen ex interpoſita conteſtatione, & cauſa in judicium deducta, ſuper jure poſſeſſionis vacillet ac dubitet.* Cod. Lib. VII. Tit. XXXIII. *De adquirenda & retinenda poſſeſſione*, Leg. X. Selon le Droit Romain, l'*Uſucapion* n'étoit point interrompuë par une demande faite en juſtice; car ſi le Poſſeſſeur étoit abſous, ou ſi le Demandeur ne pourſuivoit pas le Procès, & que le tems de l'Uſucapion vînt à s'achever; le Poſſeſſeur devenoit alors maître irrévocablement. *Si rem alienam emero, & quum uſucaperem, eamdem rem dominus à me petierit: non interpellari uſucapionem meam litis conteſtatione.* Dig. Lib. XLI. Tit. IV. *Pro emtore*, Leg. II. §. *ult.* Il y a même des Docteurs, qui croyent que cela a lieu dans la *Preſcription d'un long-tems*, ou de dix & vingt ans, à laquelle Justinien donna la forme de l'ancienne *Uſucapion.* Voyez Giphanius, ſur le Code, Tome II. page 241. *& ſeqq.* Bachovius, ſur le Titre des Institutes, *De Uſucapion.* §. 7.

(3) *Planè tribuuntur* [acceſſiones poſſeſſionum] *his qui in locum aliorum ſuccedunt, ſive ex contractu, ſive voluntate: heredimus enim, & his, qui ſucceſſorum loco habentur, datur acceſſio teſtatoris.* Digest. Lib. XLIV. Tit. III. *De diverſis temporalibus præſcription. & de acceſſionibus poſſeſſionum*, Leg. XIV. §. 1. *Præterea ne vitioſæ quidem poſſeſſioni ulla poteſt accedere: ſed nec vitioſa ei quæ vitioſa non eſt.* Lib. XLI. Tit. III. *De adquirenda vel omittenda poſſeſſione*, Leg. XIII. §. 13.

(4) *Si quis loci vacantis poſſeſſionem propter abſentiam aut negligentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi nanciſcatur: quamvis ipſe mala fide poſſideat (quia intelligit ſe alienum fundum occupaſſe) tamen ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res adquiri.* Institut. Lib. II. Tit. VI. §. 7.

(5) *Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe cœperat defuncto, & heredi & bonorum poſſeſſori continuatur: licet ipſe ſciat prædium alienum eſſe. Quod ſi ille initium juſtum non habuit, heredi & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti, poſſeſſio non prodeſt.* Ibid. §. 12. *Cum heres in jus omne defuncti ſuccedit, ignoratione ſua defuncti vitia non excludit. . . . uſucapere non poterit, quod defunctus non potuit.* Digest. Lib. XLIV. Tit. III. *De diverſ. temp. præſcript.* &c. Leg. XI.

(6) Selon le nouveau Droit Romain, le Poſſeſſeur de bonne foi preſcrit par dix ans entre préſens, & par vingt ans entre abſens, quoique celui de qui il tient

4. Enfin, les *Choſes Mobiliaires* ſe preſcrivent par moins de tems que les *Immeubles* (7). La raiſon en eſt, que les premieres entrent plus ſouvent en commerce, & que d'ailleurs il eſt plus fâcheux, d'un côté, de perdre un Immeuble, qu'une Choſe Mobiliaire; de l'autre, plus aiſé d'acquérir de bonne foi la poſſeſſion d'une Choſe Mobiliaire appartenante à autrui, que d'un Immeuble; deſorte que les Immeubles ne ſauroient ici donner occaſion à un auſſi grand nombre de procez, que les Choſes Mobiliaires (b).

(b) Voyez *Platon*, Lib. XII. *De Legibus*, Tome II. pag. 954 *Edit. Steph.* (pag. 990, 991. *Edit. Wech.*) où il n'établit point de Preſcription pour les Immeubles.

Pourquoi l'on a introduit la Preſcription.

§. V. SI l'on demande maintenant pourquoi on a établi l'uſage de la Preſcription, les Interprêtes du Droit Romain diſent que pour éviter le déſordre, & pour couper chemin aux procez, il eſt de l'intérêt public que les Citoyens ſoient aſſurez que ce qu'ils poſſedent leur appartient ſans conteſtation. Or le moyen d'avoir là-deſſus quelque certitude, ſi l'ancien Maître étoit toûjours à tems de redemander ſon bien, & de ſe le faire rendre à ceux qui en ont été depuis mis en poſſeſſion? Cela détruiroit auſſi entierement le commerce: car qui eſt-ce qui voudroit acheter, ou faire aucun autre Contract, s'il n'y avoit rien dont la poſſeſſion fût ſûre? La Garantie (1) des évictions ne remédie pas aſſez à cet inconvénient, puiſqu'après un eſpace de vingt ou trente ans, mille cas peuvent empêcher qu'on n'ait ſon recours contre celui de qui l'on tient une choſe. D'ailleurs, à quels troubles ne ſeroit pas expoſé un Etat, ſi après un ſi long terme, il falloit (2) caſſer tant de Contracts, enlever tant de Succeſſions, dépouiller tant de Poſſeſſeurs (a)? On a donc crû, qu'il ſuffiſoit d'accorder aux Proprietaires un eſpace de tems aſſez conſidérable, pour tâcher de découvrir & de recouvrer leur bien; enſorte que s'ils négligeoient d'en profiter (3), le Juge pouvoit après cela les débouter de leur demande tardive. Il peut ſe faire à la verité qu'il n'y ait pas de la faute du Proprietaire, & que l'impoſſibilité où il s'eſt trouvé de déterrer (4) le Poſſeſſeur de ſon bien, l'ait empêché, mal-

(a) Voyez *Boëcler* ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. IV. §. 8.

la choſe, ait poſſedé de mauvaiſe foi. COD. Lib. VII. Tit. XXXIII. *De præſcriptioue longi temporis decem, vel viginti annorum*, Leg. XI. & NOVELL. CXIX. Cap. VII. Voyez la *Note* ſuivante.

(7) La Preſcription pour les Meubles s'acquéroit par trois ans: au lieu que les Immeubles ne ſe preſcrivoient que par dix ans entre préſens, & par vingt entre abſens. *Ne domini maturius ſuis rebus defraudentur. . . cautum eſt, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis poſſeſſionem (id eſt, inter præſentes decennio, inter abſentes viginti annis) uſucapiantur.* INSTITUT. Lib. II. Tit. VI. *princ.* On entendoit par *Préſens*, ceux qui demeuroient dans la même Province, ſoit que le Fonds fût dans cette Province ou dans tout autre. Voyez COD. Lib. VII. Tit. XXXIII. *De præſcrip. longi temporis*, &c. Leg. XII. *ſive ult.* Mr. DE TOULLIEU, mon très-honoré Collegue, a très-bien prouvé, dans une Diſſertation Académique *De præſentiâ & abſentiâ, mixtoque ex utraque tempore in Præſcriptionibus*, que cette déciſion de JUSTINIEN eſt fort déraiſonnable. Car, dit-il, il s'enſuit de là, que quand le véritable Maître a ſon domicile dans le lieu même où eſt ſituée ſa Terre, ſi le Poſſeſſeur de bonne foi demeure dans une autre Province, le Maître a vingt ans pour découvrir & reclamer ſon bien: au lieu que ſi le Proprietaire & le Poſſeſſeur de bonne foi ont l'un & l'autre leur domicile dans la même Province, le Proprietaire n'a que dix ans, encore même que la Terre ſoit ſituée dans une autre Province. Or qui ne voit que dans le premier cas il eſt beaucoup plus facile au veritable Maître d'être inſtruit de ſon droit, & de le faire valoir, que dans le dernier? Le même Auteur fait voir encore une grande abſurdité dans ce que JUSTINIEN établit, NOV. CXIX. Cap. 8. au ſujet des années d'abſence mêlées parmi celles qu'on a été préſent. Mais les bornes d'une Note ne me permettent pas de rapporter tout cela, & il ne s'agit point ici d'éplucher les bévuës de cet Empereur ou de ſes Conſeillers.

§. V. (1) Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. V. §. 5. à la fin.

(2) C'étoit la réfléxion judicieuſe d'*Aratus de Sicyone*, dans les *Offices* de CICERON, Lib. II. Cap. XXIII. *Et quinquaginta annorum poſſeſſiones moveri non nimis æquum putabat, propterea quòd tam longo ſpatio multa hereditatibus, multa emtionibus, multa dotibus tenebantur ſine injuria.*

(3) Les Juriſconſultes Romains diſent, que celui qui laiſſe preſcrire ſon bien, eſt cenſé l'aliéner. *Alienationis verbum etiam uſucapionem continet. Vix eſt enim, ut non videatur alienare, qui patitur uſucapi.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVI. *De verborum ſignific.* Leg. XXVIII. *princip.*

(4) Cette ignorance de l'ancien Proprietaire n'empêche point la preſcription. La Loi Civile régle les choſes enſorte que celui qui a perdu la poſſeſſion de ſon bien ſoit à portée de le reclamer, s'il découvre entre les mains de qui il eſt: mais elle ne ſuppoſe pas comme une choſe abſolument néceſſaire, qu'il l'ait découvert actuellement. La preuve de cette con-

gré lui, de le reclamer : mais le préjudice qui revient à quelques Particuliers de l'établiſſement de cette régle générale, eſt récompenſé par l'utilité publique. Il faut bien remarquer néanmoins, que pour pouvoir raiſonnablement préſumer la négligence du Proprietaire, le tems doit avoir été commode pour faire des enquêtes & des pourſuites. Ainſi il eſt très-juſte que la Preſcription ne coure pas pendant tout le tems que la Guerre eſt dans le cœur de l'Etat; comme l'Empereur (b) HONORIUS l'établit par une Loi, (5) à l'occaſion de l'irruption des *Vandales*.

(b) *Procop. Hiſt. Vandal.* Lib. I. Cap. III.

Si la Loi des Preſcriptions eſt une *Loi Pénale ?*

§. VI. UN (a) Juriſconſulte Moderne, pour faire voir l'équité de la Loi des Preſcriptions, a recours au pouvoir de punir qu'ont les Souverains. Selon lui, la raiſon pourquoi on ne donne point action en Juſtice à ceux qui négligent de reclamer leur bien dans un certain têms, c'eſt que par-là ils nuiſent non ſeulement à l'Etat, mais encore ils pechent contre leur propre nature, qui les porte par toute ſorte de motifs à procurer l'intérêt public. Deſorte que comme autrefois le Légiſlateur *Solon* établit une peine (1) contre ceux qui n'auroient pas ſoin de leur bien : de même les Loix Romaines puniſſent ici la négligence des Proprietaires par la perte de leur droit de Proprieté. Mais quoique par une ſuite de la Loi des Preſcriptions, on ſoit condamné à perdre ſon bien pour avoir été long-tems ſans le reclamer, le principal but de cette Loi n'eſt pas de punir les Proprietaires de leur négligence; c'eſt ſeulement de prévenir les troubles qui s'éleveroient dans l'Etat, ſi chacun étoit toûjours dans l'incertitude de ſçavoir s'il eſt légitime maître de ce qu'il a, & dans une crainte perpétuelle de s'en voir dépoſſeder. De-plus ce n'eſt pas proprement une peine que d'être exclus d'un avantage auquel il n'y a que les gens actifs & ſoigneux de leur propre intérêt, qui puiſſent prétendre. Quand on dit, par exemple, que les Pareſſeux & les Fainéans ſont punis par leur propre pareſſe, ou que c'eſt pour eux une aſſez grande punition de mener une vie obſcure, & de n'avoir point de part aux Honneurs & aux Charges de l'Etat: ce ſont toutes expreſſions figurées qu'il ne faut pas preſſer à la rigueur philoſophique. Il eſt faux auſſi que l'on peche contre l'Etat en laiſſant preſcrire ſon bien. Un Proprietaire ne nuit au Public, qu'en faiſant un mauvais uſage de ce qu'il a, & en le conſumant mal-à-propos, ou en le laiſſant dépérir par ſa négligence. Mais les choſes qui ſe preſcrivent ſont entre les mains de quelqu'un qui en a ſoin, & par conſéquent elles tournent au profit de l'Etat, à qui il importe peu qu'un Fonds ſoit cultivé par *Pierre* ou par *Jean*, pourvû qu'il ne demeure pas en friche. Ajoûtez

(a) *Hugo de Roy, de eo quod juſtum eſt*, Lib. III. Tit. III. IV.

dition, dit l'Empereur JUSTINIEN, auroit jetté dans de nouveaux embarras : *Ut bono initio poſſeſſionem tenentis, & utriuſque partis domicilio requiſito, ſit expedita quæſtio pro rebus ubicumque poſitis :* NULLA SCIENTIA VEL IGNORANTIA EXSPECTANDA, *ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occaſio.* COD. Lib. VII. Tit. XXXIII. *De præſcrit. longi temporis*, &c. Il ſuffiſoit donc qu'il y eût lieu en general de préſumer une connoiſſance ſuffiſante dans celui contre qui le poſſeſſeur preſcrivoit ; & ce fut le peu d'apparence de cette préſomption, qui obligea le même Empereur à prolonger le terme de la Preſcription, qui, par les Loix des XII. TABLES, n'étoit que d'un an pour les Choſes Mobiliaires, & de deux pour les Immeubles. *Sed & ſi quis res alienas, Italicas tamen, bonæ fide poſſidebat per biennium, miſeri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reſervabatur regreſſus: quæ &* NESCIENTIBUS DOMINIS *procedebant. Quo nihil inhumanius erat, ſi homo* ABSENS ET NESCIENS TAM ANGUSTO TEMPORE SUIS CADEBAT POSSESSIONIBUS. Ibid. XXXI. *De uſucap. transform.* &c. Leg. unic.

(5) Voyez GROTIUS, Liv. III. Chap. IX. §. 13. *Note* 4. Cette Loi ne fut que pour un tems, & c'eſt pour cela que TRIBONIEN ne l'a point inſerée dans le CODE, comme l'a remarqué le docte JAQUES GODEFROI, ſur le CODE THEODOSIEN, Tome V. page 411. La régle, que *la Preſcription ne court pendant les troubles*, eſt venuë du Droit Canonique, & de l'Uſage. Conſultez ici une Diſſertation de Mr. BOHMER, *De eo quod juſtum eſt, durante Juſtitio*, §. 13, *& ſeqq.* Elle fut publiée en 1705,

§. VI. (1) Selon les Loix d'*Athénes*, les Prodigues étoient notez d'infamie, & exclus du Droit de monter dans la Tribune pour haranguer le Peuple. Voyez MEURSIUS, *Themid. Attic.* Lib. II. Cap. 10. C'eſt apparemment la peine dont veut parler le Docteur que notre Auteur Critique dans ce paragraphe.

§. VII.

Ajoûtez à cela, qu'afin qu'un Particulier retire quelque avantage de la peine infligée à un autre Particulier, il faut que l'Innocent ait reçu du Coupable un tort ou un outrage conſidérable. Or en quoi eſt-ce, je vous prie, que celui qui preſcrit eſt lézé par la négligence de l'ancien Proprietaire ? (b) Puis donc que la Loi des Preſcriptions n'eſt pas une Loi Pénale, c'eſt inutilement que nôtre Auteur s'amuſe à rechercher d'où vient qu'elle punit la négligence des Proprietaires par la perte de leur bien, & non pas en les condamnant à quelque amende. Du reſte, pour examiner la queſtion en elle-même, il eſt certain, que ſi l'on impoſoit une amende au Proprietaire négligent, les Loix Civiles n'atteindroient point leur but, qui eſt d'empêcher la multiplication des procez à l'infini, & d'aſſurer enfin la Proprieté à ceux pour qui une longue poſſeſſion eſt par elle-même un titre fort favorable. Car les Juges ſeroient fort embarraſſez à connoître des prétenſions d'un Proprietaire qui reclame ſon bien, ſurtout lorſqu'il y a très-long tems que ce bien eſt entre les mains d'un autre : & après qu'ils auroient dépouillé le Poſſeſſeur, comme on le ſuppoſe, ſa bonne foi & le titre de ſa poſſeſſion ne lui ſerviroient de rien, ſi l'amende impoſée au Proprietaire étoit appliquée au Magiſtrat. Que ſi on l'ajugeoit au Poſſeſſeur, pour le conſoler de ce qu'on lui ôte, ou elle ſeroit moindre que le dommage qu'il reçoit, & en ce cas-là il n'auroit pas lieu d'être ſatisfait : ou bien elle ſeroit égale, ou de plus grande valeur, & ainſi l'ancien Maître n'y gagneroit preſque rien. Le plus court eſt donc, pour le bien de la paix, de déclarer le droit de l'ancien Proprietaire entierement éteint après le terme de la Preſcription expiré.

(b) La Loi du *Digeſt.* Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti, vel contr.*, Leg. XXXI. *princip.* ne fait non-plus rien ici.

Si la Preſcription eſt uniquement fondée ſur le Droit Civil ?

§. VII. Au reſte, pour ce qui regarde l'origine de la Preſcription, la plûpart des Ecrivains la rapportent uniquement au Droit Civil, par oppoſition aux manieres d'acquérir, que l'on fonde ſur le Droit des Gens, ou en tout, ou en partie. Le célébre Cujas (a) va même juſqu'à dire, que la Preſcription, quoiqu'avantageuſe à l'Etat, eſt en elle-même contraire au Droit des Gens & à l'Equité Naturelle, puiſque le Proprietaire ſe trouve par-là dépouillé malgré lui de ſon bien. A quoi (b) d'autres répondent, que par cela même que le Proprietaire s'eſt ſoûmis aux Loix Civiles qui autoriſent la Preſcription, (1) il a conſenti, du moins implicitement, à ce tranſport de Proprieté.

(a) *Ad Leg. I. Digeſt. de Uſucapion.* pag. 1135. Tom. I. Opp. *Edit. Fabrott.*

(b) *Hugo de Roy, ubi ſuprà.*

§. (1) VII. Cette raiſon eſt fort bonne ; car les Loix peuvent borner en diverſes manieres le Droit de Proprieté, & le faire paſſer d'une perſonne à l'autre ſans un conſentement exprès, quelquefois même contre la volonté de l'ancien Proprietaire. Ainſi quand même la preſcription n'auroit pas d'ailleurs ſon fondement dans le Droit Naturel, elle ne ſeroit point injuſte de Citoyen à Citoyen, lorſque les Loix l'autoriſent. Mais je ferai voir plus bas, que bien-loin d'avoir rien de contraire à l'Equité Naturelle, elle y eſt très-conforme, & qu'elle ſuit du but de la Proprieté même. Tout ce qu'il y a, c'eſt que pour preſcrire en conſcience, la bonne foi eſt néceſſaire, comme je l'ai dit ci-deſſus, §. 3. *Note* 5. ſoit que les Loix Civiles l'exigent, ou non. Je ſuppoſe encore que la Preſcription ſoit fixée à un terme aſſez long, comme elle l'eſt ordinairement : car, à mon avis, un Honnête Homme ne pouvoit guéres bien s'en prévaloir parmi les *Romains*, tant que les Choſes Mobiliaires s'y preſcrivoient par un an de tems, & les Immeubles par deux. En quoi l'Empereur Justinien reconnut qu'il y avoit de l'injuſtice, comme je l'ai remarqué ci-deſſus, §. 5. *Note* 4 Sur ce pié-là, le Droit de Preſcription n'eſt pas *un droit odieux, & peu conforme au Droit Naturel* ; quoiqu'en diſe Mr. La Placette, qui dans ſon *Traité de la Reſtitution*, Liv. V. Chap. VI. page 360, 361. le compare à un *Arrêt injuſte*, qui *ne diſpenſe pas de l'obligation de reſtituer.* Il dit, que *la Loi de* Dieu *n'admettoit point ce droit, & que le* Jubilé *remettoit toûjours les anciens Proprietaires dans la poſſeſſion de leurs biens, quoiqu'alienez volontairement.* Mais cela n'a aucun rapport avec le droit de Preſcription. Dieu, pour des raiſons tirées de la conſtitution de la Republique Judaïque, avoit défendu d'aliener à perpetuité les *Immeubles* (& non pas *les biens* en général, comme s'exprime Mr. La Placette). Voyez ci-deſſous, Liv. V. Chap. V. §. 4. Du reſte il n'y a rien dans la Loi de Moïse, qui tende à condamner la Preſcription, comme un établiſſement injuſte ; & on ne peut pas plus l'inférer de l'exemple dont il s'agit, qu'on ne peut en conclure que l'alienation d'un Fonds à perpetuité eſt odieuſe & peu conforme au Droit Naturel. L'autre exemple, que cet Auteur ajoûte, n'eſt pas mieux appliqué. *Quoique les* Jébuſiens, dit-il, *ſe fuſſent maintenus pendant pluſieurs ſiécles dans la poſſeſſion de la Ville de* Jeruſalem, *après la donation de toute la Terre de* Canaan *que Dieu avoit faite aux* Iſraëlites, David *ne laiſſa pas de les en chaſſer.* C'eſt un cas tout particulier, qui ne tire point à con-

Mais, ajoûte CUJAS, ſelon le Droit des Gens on ne ſauroit en aucune façon acquérir un véritable droit de Proprieté ſur ce que l'on a reçu d'un autre que le veritable Maître. On (c) répond, qu'en matiere de Preſcription celui de qui l'on achete, ou de qui l'on reçoit de quelque autre maniere une choſe qui ne lui appartient pas véritablement, ne donne que le titre & la poſſeſſion de bonne foi; mais que la Proprieté même eſt conférée par la Loi, ou par celui qui, en vertu même du Droit des Gens, a une autorité légitime de faire des Loix, & de tranſporter la Proprieté d'une perſonne à l'autre pour un auſſi juſte ſujet que le Bien Public : deſorte qu'en ce cas-là le Proprietaire négligent acquieſce lui-même au tranſport de ſon droit, ou que du moins ſon long ſilence donne lieu de préſumer qu'il y conſent. Il y en a qui diſent, que le tems par lui-même n'étant capable de rien produire, quoique tout ſe faſſe dans le tems, il ne ſauroit tout ſeul donner aucun droit à ceux qui ne l'ont pas acquis dès le commencement par quelque autre titre. J'avoue qu'il eſt purement de Droit Civil que la Preſcription ſe faſſe par dix ou vingt ans, plûtôt que par neuf ou ſeize; mais on ne ſauroit nier que le conſentement des Peuples n'ait pû, pour le bien de la paix du Genre Humain, conférer à un long eſpace de tems quelque effet Moral, enſorte qu'à la faveur de ce tems il ſe forme par quelque autre raiſon, certaines préſomptions qui fondent le droit & le privilége du Poſſeſſeur. D'autres biaiſant un peu ici, avouent qu'il eſt vraiſemblable que la Preſcription de ſa nature, & indépendamment de toute Loi Poſitive, a la vertu de transférer la Proprieté; puiſque le Droit Naturel ordonne ſur toutes choſes ce qui contribue au repos de la Societé Civile & au Bien Public. Mais ils ajoûtent en même tems, que quoique les lumieres de la Raiſon conſeillent d'établir le droit de Preſcription par quelque Loi Poſitive, elles ne le font pas regarder comme formellement établi par la Loi même de Nature. Pluſieurs ſoûtiennent que la Preſcription n'eſt point contraire au Droit Naturel, qu'elle s'accorde avec l'Equité Naturelle, qu'elle eſt fondée ſur un droit très-légitime, & en quelque maniere ſur la Loi de Nature; mais ils n'oſent pas dire ouvertement & ſans détour, qu'elle eſt de Droit Naturel (d).

(c) *Idem*, Lib. III. Tit. IV. §. 8.

(d) Voyez *Grotius*, Lib. II. Cap. IV. §. 9. & *Boëcler* & *Ziegler* ſur le §. 1.

Si la Preſcription eſt fondée ſur un abandonnement tacite de l'ancien Proprietaire?

§. VIII. GROTIUS (a) ne balance point à le ſoûtenir, & là-deſſus il prétend, qu'entre ceux même qui n'ont d'autre Loi commune que celle du Droit Naturel, la longue Poſſeſſion eſt un bon titre à alleguer. Il fonde ce droit de Preſcription ſur un délaiſſement tacite de l'ancien Maître. (1) Pour le démontrer, il ſuppoſe qu'il eſt de Droit Naturel que chacun puiſſe renoncer à ſes droits, quand bon lui ſemble. Mais afin que cette volonté produiſe quelque effet par rapport à autrui, il faut qu'elle ſoit manifeſtée par certains ſignes; la conſtitution de la Nature Humaine ne permettant pas d'attribuer aucun effet extérieur aux actes interieurs tout ſeuls, qui ne

(a) *Grotius*, Liv. II. Chap. IV. §. 3 & *ſuiv.*

ſéquence; & Mr. LA PLACETTE devoit ſe ſouvenir, que quand les *Hammonites* redemanderent quelques Terres qu'ils prétendoient leur appartenir, *Jephté* oppoſa à cela que les *Iſraëlites* étoient depuis 300. ans en poſſeſſion paiſible de ces Terres, & qu'ainſi cela ſeul leur en aſſuroit la proprieté. Voyez JUGES, XI, 25.

§. VIII. (1) On peut voir la Diſſertation de feu Mr. WERLHOF, que j'ai déja citée. *Vindiciæ Grotiani dogmatis de præſcript. inter Gentes liberas*, §. 9, & *ſeqq.* où il fait une eſpece de Commentaire ſur cet endroit de GROTIUS. Mr. THOMASIUS, dans la Diſſertation que j'ai citée ci-deſſus (§. 2. *Note* 5.) *De fundamentis in doctrina de Præſcript. & derelictione Gentium tacitâ*, &c. a voulu prouver (§. 9, & *ſeqq.*) que GROTIUS ne fonde pas la Preſcription, entre les Membres d'une même Societé Civile, ſur un abandonnement tacite du Proprietaire. Mais ſi l'on examine bien toute la ſuite du diſcours, & mes Notes ſur le Chapitre de GROTIUS, on trouvera à mon avis, que c'eſt-là véritablement le principe de ce grand Homme, & qu'il ne diſtingue cette Preſcription d'avec celle qui a lieu entre les Peuples, qu'à l'egard du tems, & des autres effets de Droit qui peuvent être determinez par les Loix Civiles.

peuvent être connus d'autrui par eux-mêmes. Or les Signes conſiſtent ou en paroles, ou en actions. Lorſque la volonté a été déclarée par des paroles, il n'eſt pas beſoin d'attendre aucun terme, puiſque du moment qu'on a parlé le droit paſſe à celui en faveur de qui lon s'en dépouille. Il en eſt de même quand on a fait connoître ſa volonté par un acte poſitif, comme par exemple, ſi l'on jette ou que l'on (b) abandonne une choſe, à moins que ce ne ſoit en telles circonſtances, qu'il y ait lieu de préſumer qu'on ne le fait que par la néceſſité du tems ou des conjonctures, & à deſſein de chercher & de recouvrer ſon bien quand on le pourra. Si un homme, ſçachant bien qu'une choſe lui appartient, traite avec le Poſſeſſeur au ſujet de cette choſe, d'une maniere qui ſuppoſe que celui-ci eſt le veritable Proprietaire; il eſt auſſi cenſé avec raiſon renoncer entierement à ſon droit, enſorte qu'au moment du Contract conclu, ce droit eſt entierement perdu pour lui. La Preſcription n'a donc lieu qu'en matiere de choſes, dont l'ancien Proprietaire ne s'eſt dépouillé ni par des paroles, ni par aucune action poſitive; mais dont on préſume qu'il ne ſe ſoucie plus, parcequ'il ne s'eſt point mis en peine de les chercher & de les revendiquer; car les actes même négatifs, ou les omiſſions accompagnées de certaines circonſtances, paſſent, moralement parlant, pour des actes poſitifs au préjudice de celui qui ſe tait ou qui n'agit pas (c). Mais pour fonder une préſomption raiſonnable ſur une ſimple omiſſion, il faut que l'omiſſion ne vienne pas uniquement de l'ignorance où eſt la perſonne intéreſſée, ſans qu'il y ait de ſa faute. Ainſi les Poſſeſſeurs du bien d'autrui n'acquierent la Proprieté par un conſentement tacite de l'ancien Maître, que quand celui-ci ſçachant bien qu'ils poſſedoient une choſe qui étoit à lui, ne s'eſt point mis en devoir de la reclamer lorſqu'il le pouvoit faire commodément; car on ne ſauroit ſuppoſer d'autre raiſon de cette négligence & de ce ſilence, malgré la connoiſſance & la pleine liberté du Proprietaire, ſi ce n'eſt qu'il ne ſe ſoucie plus de ſon bien, & qu'il l'abandonne (d). De-plus pour avoir lieu de préſumer qu'une perſonne a volontairement négligé de reclamer ſon bien, la longueur du tems qui s'eſt écoulé depuis qu'elle l'a perdu eſt d'un très-grand poids; car il eſt preſque impoſſible, que dans un long eſpace de tems, on ne vienne à découvrir entre les mains de qui ſe trouve le bien que l'on a perdu ou que l'on n'ait occaſion pendant tout ce tems-là de le reclamer, ou du moins d'interrompre la poſſeſſion de celui qui le détient, en proteſtant hautement de nôtre Droit. D'ailleurs, un long eſpace de tems fait pour l'ordinaire ceſſer la crainte qui peut avoir empêché qu'on ne redemandât ſon bien, & fournit les moyens de déclarer ouvertement ſes prétenſions, ſans avoir rien à appréhender de la part de celui qui le détient. Que ſi quelqu'un objecte, qu'on ne doit pas aiſément préſumer qu'une perſonne jette, pour ainſi dire, ſon bien; à cette préſomption GROTIUS en oppoſe une autre, (2) c'eſt qu'il n'y a point d'apparence que celui qui a demeuré fort long-tems ſans témoigner en aucune façon qu'il ſe ſouciât d'une choſe, veuille en conſerver la Proprieté. Quoique tout ce que je viens de rapporter ſoit aſſez plauſible, il eſt certain néanmoins qu'un long ſilence ne ſuffit pas toûjours pour donner lieu de croire que le Proprietaire a renoncé tacitement à ſon bien; car il peut arriver que l'on ignore ſon droit pendant très-long-tems, ou que l'on ſoit obligé de ſe taire par la crainte ou l'impuiſſance, (e) où

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rer. dom.* Leg. IX. §. 8. Lib. XIV. Tit. II. *Ad Leg. Rhod. de jactu*, Leg. VIII. Lib. XLVII. Tit. II. *De Furtis*, Leg. XLIII. §. 11. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. II. §. 1.

(c) Voyez *Nombres* XXX, 5, 12. *Digeſt.* Lib. XXII. Tit. I. *De uſuris*, &c. Leg. XVII. §. 1. & Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rerum domin.* Leg. XLIV.

(d) Voyez *Boëcler* & *Ziegler*, ſur *Grotius, ubi ſuprà*, §. 5.

(e) Voyez le Droit Canon. *Can. XIII, XIV, XV. Cauſ. XVI. Quæſtion. III.*

(2) GROTIUS n'en vient là qu'à la fin, & après avoir répondu d'une maniere plus directe, en oppoſant la raiſon que nôtre Auteur lui-même réfute un peu plus bas, tirée de la préſomption qu'on doit avoir de la probité de chacun, tant que le contraire ne paroit pas.

l'on ſe trouve. D'ailleurs, lorſqu'on vient à redemander ſon bien, quelque long-tems qu'il y ait qu'on l'a perdu, il n'y a plus lieu de préſumer qu'avant cela on l'eût abandonné véritablement. Ainſi ce principe ne peut être poſé pour fondement général de toute ſorte de Preſcription (3). GROTIUS dit encore que ſi l'on préſume que le Proprietaire abandonne ſon bien, à cauſe du long ſilence qu'il a gardé là-deſſus, c'eſt *parcequ'on doit avoir bonne opinion des Hommes, & ne pas s'imaginer que pour un bien périſſable, ils veuillent que quelqu'un de leurs ſemblables demeure coupable d'un péché qui ne s'efface jamais.* Mais outre qu'il faut peu connoître le monde, pour avoir une ſi haute idée de la pieté & de la probité des Hommes en general (f); un Poſſeſſeur de bonne foi, tel que nous le ſuppoſons pour être en état d'acquérir la Proprieté par droit de Preſcription, un tel Poſſeſſeur, dis-je, ne péche point du tout en conſervant ſa poſſeſſion, puiſque le titre par lequel il l'a acquiſe, le perſuade pleinement que la Proprieté lui a été transférée en même tems. Et perſonne n'eſt

(f) Voyez *Ziegler* ſur *Grotius*, *ubi ſuprà* §. 8.

(3) La verité eſt, que même pour l'ordinaire le ſilence du Proprietaire vient uniquement, ou de ce qu'il ne ſçait entre les mains de qui eſt ſon bien, ou de ce qu'il ignore ſon droit, ou de ce qu'il y a quelque raiſon, plus ou moins forte, qui l'empêche de faire valoir ſes prétenſions. Ainſi on ne peut pas poſer ici en général pour principe un abandonnement tacite, proprement ainſi nommé : c'eſt preſque toûjours malgré ſoi que l'on ſe voit débouté par un effet de la longue poſſeſſion ; & ſi les Loix Civiles préſument une négligence volontaire dans l'ancien Maître, elles ne ſuppoſent guéres ici que la poſſibilité, comme je l'ai remarqué ci-deſſus, §. 5. *Note* 4. Les Hommes ne ſont pas communément ſi peu ſoigneux de connoître leurs intérêts, ni ſi pareſſeux à les maintenir, ſurtout quand il s'agit de quelque choſe d'un peu conſidérable ; & la Preſcription ſe fait le plus ſouvent non contre le Proprietaire même de la choſe, mais contre ſes Héritiers, qui ſont fort ſujets à être dans l'ignorance de leur droit, ou dans l'impuiſſance de le conſerver même par une ſimple proteſtation. Il faut donc chercher quelque autre principe, qui ſuppoſe plûtôt les ſentimens où doit être l'ancien Maître, que ceux où il eſt effectivement. Or c'eſt, à mon avis, ce qu'il ne ſera pas difficile de trouver, ſi l'on fait attention à la nature & au but de la Proprieté même. Je dis donc que l'uſage & l'effet naturel de l'établiſſement de la Proprieté des biens n'eſt pas d'aſſurer à chacun un droit perpétuel ſur ce qui lui a une fois appartenu, pour ſi long-tems qu'il y ait qu'il en a perdu malgré ſoi la poſſeſſion. A la verité, la durée du droit de Proprieté ne dépend pas abſolument de la durée de la Poſſeſſion, comme je l'ai fait voir ci deſſus, Chap. VI. §. 1. *Note* 1. cela réduiroit le Droit à rien, & détruiroit la fin pour laquelle il a été établi : mais il ne ſeroit pas moins contraire à cette fin, que la plus longue poſſeſſion d'autrui ne pût anéantir toutes les prétenſions de celui qui n'a pas renoncé volontairement au bien qui n'eſt plus en ſa puiſſance. Tous les Biens dont on jouït, ſont de telle nature que milles accidens peuvent nous en dépouiller malgré nous, & les faire paſſer innocemment entre les mains de quelque autre : ils ſont deſtinez d'ailleurs à entrer dans le commerce de la Vie, autant qu'à demeurer toûjours dans le Patrimoine ou dans la Famille du Proprietaire, à qui ſouvent ils ſervent moins par eux-mêmes, que par le pouvoir qu'il a de s'en défaire pour avoir quelque autre choſe qui l'accommode. De-plus, ſi le but de la Proprieté demande que les Proprietaires jouïſſent paiſiblement de ce qu'ils ont, & qu'ils ne ſoient pas expoſez à perdre leur droit du moment qu'ils ne ſont plus en poſſeſſion de la choſe, il ne demande pas moins, à mon avis, que celui qui ſe croit & qui a raiſon de ſe croire légitime Proprietaire, ne ſoit pas éternellement ſujet à ſe voir dépouillé de ce qu'il avoit acquis de bonne foi & à juſte titre. Chacun peut être dans le cas, & perſonne ne ſçauroit avoir une certitude démonſtrative qu'il n'y ait point de vice caché dans l'acquiſition de ce qu'il poſſéde. D'ailleurs, en matiere de choſes morales, on ne peut juger que par l'apparence ; & ſelon la maxime commune, *n'être pas, & ne pas paroître, valent ici tout autant.* Ainſi comme une *Proprieté putative*, ſi j'oſe parler ainſi, produit le même effet que la Proprieté la plus réelle & la plus inconteſtable, tant que le droit du véritable Maître ne ſe manifeſte point : ces deux ſortes de Proprieté doivent ſe confondre avec le tems, enſorte que le droit du *Proprietaire putatif* excluë déſormais toute prétenſion d'autrui qui pourroit venir à être reſſuſcitée. Cela eſt d'autant plus juſte, que le contraire produiroit mille troubles dans la Societé : & plus il y a de Poſſeſſeurs de bonne foi, par les mains deſquels la choſe a paſſé ſucceſſivement, plus le droit du dernier Poſſeſſeur s'affermit, quelque peu de tems que les autres l'ayent gardée. D'où je conclus, que l'ancien maître, & à plus forte raiſon ſes Héritiers, doivent au bout d'un tems conſidérable renoncer de bonne grace à toutes leurs prétenſions, & que, quoiqu'ils ne le faſſent pas, le droit du Poſſeſſeur de bonne foi n'en eſt pas déſormais moins bien fondé. Il n'a rien apperçu, comme nous le ſuppoſons, ni dans la nature même de la choſe, ni dans la qualité de la perſonne de qui il la tient, qui lui donnât lieu de ſoupçonner quelque défaut dans le titre de l'acquiſition ; & ce n'eſt pas ſa faute, ſi celui à qui elle ſe trouve appartenir, ſans qu'il en ſçût rien, n'a pas pû la découvrir, ou ne s'eſt pas aſſez empreſſé à la chercher. En un mot, c'eſt pour l'ancien Proprietaire un ſimple malheur, dont la raiſon veut qu'il ſe conſole : & ſi le Poſſeſſeur devenu enfin véritable Maitre eſt quelquefois obligé à rendre la choſe, ce n'eſt pas à la rigueur & par les Régles de la Juſtice proprement ainſi nommée, mais par un motif libre de quelqu'une de ces Vertus qui demandent qu'on relâche de ſon droit : comme ſi un homme riche avoit preſcrit contre une perſonne pauvre ou peu accommodée, &c.

obligé, à mon avis, de ſe former ſoi-même des difficultez ſur la validité d'un droit ſoûtenu par un titre légitime, & où il ne paroît rien que d'inconteſtable. Suppoſé même que la poſſeſſion du bien d'autrui fût accompagnée de quelque péché dans le cas dont il s'agit, le ſilence du Proprietaire ne ſuffiroit pas pour mettre entierement en repos la conſcience du Poſſeſſeur, il faudroit qu'il renonçât expreſſément à ſon droit. Or, ſur ce pié-là le Poſſeſſeur acquerroit la Proprieté en vertu d'une ceſſion formelle de l'ancien Maître, & nullement par droit de Preſcription.

Le droit de Preſcription eſt fondé ſur une Convention tacite des Peuples.

§. IX. Pour prendre un milieu entre toutes ces opinions que je viens de rapporter, il eſt certain, à mon avis, que la Proprieté des biens ayant été établie pour la paix du Genre Humain, il s'enſuit de là, qu'on doit, après un certain tems, aſſurer aux Poſſeſſeurs de bonne foi un droit inconteſtable ſur ce qu'ils tiennent. Mais de ſçavoir le terme précis qui les met à couvert de toute éviction, c'eſt ce qui ne paroît déterminé ni par le Droit Naturel, ni par le conſentement général des Peuples. Ainſi la choſe doit être remiſe au jugement équitable d'un Arbitre, qui régle le tems de la Preſcription avec quelque étendue, ſans le pouſſer pourtant trop loin, & ſans appliquer ici le raiſonnement d'un ancien Poëte ſur un tout autre ſujet: (1) *Un Mois ou une Année n'eſt pas la peine d'en parler..... Je prens ce que vous me donnez: & faiſant comme celui qui arracheroit la queue d'un Cheval poil à poil, je retranche une Année, puis une, puis encore une; & ainſi conſécutivement, juſqu'à ce que ce grand nombre d'Années ſe trouve réduit à rien.* Il faut donc avoir égard ici en même tems & à l'avantage de l'ancien Maître, & à l'intérêt du Poſſeſſeur. Le premier ne doit pas trop tôt perdre le droit de chercher & de pourſuivre ſon bien; & ainſi l'Equité naturelle veut que le terme de la Preſcription ſoit plus long entre abſens qu'entre préſens. Pour ce qui regarde le Poſſeſſeur, il y auroit de l'injuſtice à le dépouiller lorſqu'il ne peut plus ſe dédommager (2) par un recours contre celui qui ſeroit obligé à la garentie; ou lorſque la choſe dont il ſe trouve en poſſeſſion à titre légitime, eſt devenue le fondement de ſes biens. De-plus, les Choſes Mobiliaires entrant plus ſouvent dans le commerce que les Immeubles, & ceux de qui on tient les premieres étant d'ordinaire plus difficiles à retrouver que ceux par qui on a été mis en poſſeſſion des autres: la Raiſon veut que l'on accorde un plus long terme pour revendiquer les Immeubles, que pour reclamer les Choſes Mobiliares; d'autant mieux que celles-ci déperiſſant par l'uſage plûtôt que les autres, il ſeroit aſſez inutile à l'ancien Maître de recouvrer ſon bien en mauvais état, ou tout uſé. Encore même que l'on ait acquis le bien d'autrui à titre lucratif, comme par Donation, il eſt toûjours bien fâcheux de ſe voir arracher une choſe qui fait de puis ſi long-tems partie de nôtre bien, & qui y étoit comme inſéparablement attachée. Au lieu que, d'autre côté, on ſe réſout aiſément à perdre pour jamais une choſe dont on s'eſt paſſé une bonne partie de ſa vie, pendant quoi même on a pû s'accommoder & remplacer en quelque maniere ce que l'on avoit perdu (3). Deſorte qu'en faiſant bien attention aux principes que nous

§. IX. (1) *Iſte quidem veteres inter ponetur honeſtè,*
*Qui vel menſe brevi, vel toto eſt junior anno.*
*Utor permiſſo, caudaque pilos ut equinæ,*
*Paulatim vello, & demo unum, demo & item unum;*
*Dum cadat eluſus ratione ruentis acervi*, &c.
Horat. Lib. II. *Epiſt.* I. verſ. 43, *& ſeqq.*
J'ai ſuivi la verſion du P. Tarteron. L'Auteur renvoyoit ici à Grotius, dans ſes *Florum ſparſiones in Jus Juſtinian.* ad Leg. CLXXVII. *Digeſt.* Lib. L. Tit. XVI. *De verbor. ſignificat.* page 263, 264. *Edit. Amſtel.*

(2) Le Latin de toutes les Editions porte, *per evictionem.* Mais on voit bien, que l'Auteur ſans y penſer a dit le contraire de ce qu'il penſoit, & qu'il vouloit ſans doute mettre, *per evictionis præſtationem.*

(3) On peut, ajoûtoit notre Auteur, appliquer ici ce paſſage de Ciceron, *de Offic.* Lib. II. Cap. XXII. *Quam autem habet æquitatem, ut agrum multis annis, aut etiam ſæculis ante poſſeſſum, qui nullum habuit habeat,*

venons d'établir, on n'aura pas de peine à fixer, dans chaque cas, l'eſpace de tems auquel l'Equité Naturelle borne le cours & l'effet de la Preſcription. J'avouë néanmoins, que dans un Etat il vaut mieux, pour abréger les procez, marquer en général certains termes fixes, ſelon la nature des choſes qui ſe preſcrivent. Mais je ſuis perſuadé, que la Preſcription en elle-même, & détachée de la détermination préciſe de ces tems limitez par les Loix, eſt une dépendance & une ſuite néceſſaire de la Proprieté des biens; car quand on introduiſit cet établiſſement ſi utile, on convint (4) en même tems, pour le bien de la paix, que quiconque poſſederoit une choſe qu'il n'auroit ni enlevée, ni dérobée, ni reçue du Maître même par précaire, en ſeroit regardé comme le véritable Proprietaire juſqu'à ce qu'on eût fait voir le contraire; & que ſi après un laps de tems conſidérable, pendant quoi un homme tant ſoit peu ſoigneux de ſes affaires ne manque pas de s'informer de ce qu'eſt devenu ſon bien, ſi, dis-je, le Poſſeſſeur de bonne foi étoit alors inquieté par l'ancien Maître, celui-ci ſeroit débouté de ſa demande, pour n'avoir pas fait à tems ſes diligences.

En quel ſens la Preſcription ne tourne pas au préjudice de ceux qui ſont encore à naître?

§. X. PAR ces principes, ſelon leſquels le droit de Preſcription n'eſt pas fondé ſur le ſeul délaiſſement de l'ancien Proprietaire, nous pourrons décider plus facilement une queſtion d'ailleurs aſſez épineuſe; ſçavoir, ſi à cauſe qu'une perſonne a tacitement abandonné ſon bien, ſes Enfans ou ſes Deſcendans encore à naître perdent le droit qu'ils y auroient eu? Cette queſtion peut être enviſagée en deux manieres, ou en ſuppoſant que le terme de la Preſcription fût arrivé avant que l'Enfant de celui à qui appartenoit le bien vînt au monde; ou en ſuppoſant qu'il manquât quelque tems pour achever la Preſcription, lorſque le Pere eſt décédé. Dans le premier cas, ſi l'on dit que l'Enfant à naître ne perd pas ſon droit, il s'enſuit de là, que comme la plûpart des Biens ſont de nature à paſſer aux Héritiers, il ne ſert pas de beaucoup, pour le repos du Genre Humain & de la Societé, qu'un Pere ſoit débouté de ſes prétenſions ſur une Terre ou ſur une Couronne, ſi un Fils né depuis peut renouveller le procès, & rentrer dans les droits que ſon Pere avoit perdus. D'autre côté, ſi l'on tient l'affirmative, il ne paroît pas bien comment le ſilence & la négligence d'une perſonne peut tourner au préjudice de ceux qui n'exiſtant point encore, n'étoient pas en état de faire valoir eux-mêmes leurs droits. GROTIUS (a) dit, pour réſoudre cette difficulté, que le Néant n'ayant aucune proprieté, un Etre qui n'exiſte en aucune maniere, n'a aucun droit, & par conſéquent n'en peut perdre aucun (b). Je dis, *qui n'exiſte en aucune maniere :* car il s'agit ici de ceux qui ne ſont pas encore conçus, & non pas des Enfans déja formez dans le ventre de leur Mere, leſquels, (1) en pluſieurs matieres de Droit, (c) ſont cenſez venus au monde. Ajoûtez à cela, que les biens d'un Pere n'appartiennent actuellement à ſes Enfans, que quand il en a conſervé lui-même la Proprieté juſqu'au tems qu'ils doivent en hériter. Developpons un peu plus nôtre penſée. Je dis donc, qu'un Etre qui n'exiſte pas encore ne ſauroit acquérir aucun droit que par le moyen d'une perſonne réellement exiſtante qui le lui tranſmette; enſorte même que ce droit n'a ſon effet par rapport à celui

(a) Liv. II. Chap. IV. §. 10. num. 2.

(b) Voyez *Senec. Controv. VI.* Lib. I. pag. 93. vers la fin, *Edit. Gronov.* [paſſage qui ne fait rien au ſujet].

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. XXXVII. Tit. IX. *De ventre in poſſeſſionem mittendo*, Leg. VII. *princ.* & Lib. XXXVIII. Tit. XVI. *De ſuis & legitimis hered.* Leg. VII. & Lib. L. Tit. XVI. *De verb. ſignific.* Leg. CCXXXI.

*qui autem habuit amittat?* „Eſt-il juſte que ceux qui „de pere en fils poſſedent un Fonds depuis longues „années, ou même depuis pluſieurs ſiécles, en ſoient „dépouillez, & qu'on le donne à d'autres, qui pen- „dant tout ce tems-là n'y ont eu aucune part“? Voyez la belle action d'*Aratus de Sicyone*, qui eſt rapportée au long dans le Chapitre ſuivant.

(4) Il n'eſt pas néceſſaire de ſuppoſer ici aucune Convention. Voyez ce que je viens de dire ſur le paragraphe précédent, *Note* 3. L'Auteur raiſonne ſur les fauſſes idées qu'il s'étoit faites de l'origine de la Proprieté des biens, & que nous avons ſuffiſamment refutées en ſon lieu.

§. X. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. I. §. 7. *Note* 4.

qui eſt à naître, qu'après qu'il eſt né actuellement. Et cela arrive, lorſque quelqu'un acquiert ou reçoit une choſe qui doit enſuite paſſer à ſes Succeſſeurs. Surquoi il faut faire encore une diſtinction; car il y a des choſes que l'on reçoit enſorte qu'il importe peu à celui qui les confere, qu'elles paſſent ou non à nos Succeſſeurs, quoiqu'il nous permette de le leur tranſmettre ſi bon nous ſemble. Mais il y en a d'autres, dont celui qui les confere ne nous met en poſſeſſion qu'à la charge d'en diſpoſer d'une certaine maniere, enſorte qu'il ſe reſerve le droit d'empêcher qu'on n'en diſpoſe autrement ſans qu'il y conſente. De quelles de ces deux manieres qu'on poſſede une choſe qui doit paſſer à nos Succeſſeurs encore à naître, ſi avant que ces Succeſſeurs ſoient au monde elle vient à être alienée, ou qu'on y renonce après qu'elle a été ravie; on ne leur fait par-là aucun tort, à moins qu'on ne leur ait laiſſé, en forme d'héritage, quelques prétenſions ſur cette choſe. En effet, dans le premier cas, le Poſſeſſeur pouvant diſpoſer de la choſe comme bon lui ſemble, s'il l'aliéne, ou qu'elle ceſſe de lui appartenir de quelque maniere que ce ſoit, tout ſon droit s'éteint; & par conſéquent il ne ſauroit le tranſmettre à ſes Succeſſeurs encore à naître, (2) qui n'ont aucune prétenſion légitime ſur ſes biens, s'il ne la leur a, pour ainſi dire, transférée de la main à la main depuis qu'ils exiſtent actuellement. Dans l'autre cas, (3) celui qui a conféré la choſe conſervant toûjours le droit d'empêcher qu'on n'en diſpoſe que d'une certaine maniere, ſi le Poſſeſſeur l'aliéne ou l'abandonne de quelque maniere que ce ſoit, il ne ſauroit rien faire au préjudice de ſes Succeſſeurs, (d) ſans le conſentement de celui de qui il la tient.

(d) *Piſiſtrate* étoit d'un autre ſentiment. Voyez la Lettre à *Solon*, dans *Diog. Laërce*, Lib. I. §. 53.

Pour ce qui regarde la ſeconde maniere d'enviſager la queſtion dont il s'agit, les Juriſconſultes Romains diſent que le tems de la Preſcription, qui avoit commencé de courir quand le Proprietaire eſt mort, (4) ne continue que quand ſon Fils eſt entré en Majorité. Je crois pourtant, qu'il peut arriver des cas où le titre de la Poſſeſſion doit l'emporter ſur les privileges des Mineurs. Suppoſé, par exemple, qu'il ne s'en fallût qu'un ou deux mois pour arriver au terme de la Preſcription, & qu'il fût moralement certain, que dans ce peu de tems qui reſtoit, l'ancien Maître n'auroit point redemandé ſon bien: il y auroit certainement trop de dureté à permettre qu'un Enfant, que le Defunt laiſſe encore au berceau, vînt au bout de vingt-cinq ans inquieter le Poſſeſſeur, pour les deux mois qui manquoient au tems complet de la Preſcription: ſurtout le Poſſeſſeur ne peut plus alors ſe dédommager par un recours contre celui de qui il tient la choſe dont il eſt en poſſeſſion, comme il auroit eu moyen de le faire avant que le Mineur fût entré dans l'adminiſtration de ſes biens. En ce cas-là, un Arbitre équitable, qui ne fondera pas le droit de Preſcription uniquement ſur le ſilence & la négligence de l'ancien Proprietaire, ne manquera pas de prononcer en faveur du Poſſeſſeur: & il aura raiſon de ſoûtenir, que les droits de l'autre,

(2) Il y a une Loi du Droit Romain, que l'Auteur citoit ici, où il eſt dit qu'un Enfant qui naît après la mort de ſon Pere, eſt regardé comme Fils de Senateur, ſi le Pere a conſervé cette Dignité juſqu'à ſa mort: mais qu'il n'en eſt pas de même de celui qui vient au monde après que le Pere a été banni du Sénat, à moins qu'il ne fût déja conçu dans le tems de la dégradation de ſon Pere. *Item* LABEO *ſcribit, etiam eum, qui poſt mortem patris Senatoris natus ſit, quaſi Senatoris filium eſſe. Sed . . . . non propriè Senatoris filius dicetur is, cujus pater Senatu motus eſt, antequam iſte naſceretur. Si quis conceptus quidem ſit, antequam pater ejus Senatu moveatur, natus autem poſt patris amiſſam dignitatem: magis eſt, ut quaſi Senatoris filius intelligatur tempus enim conceptionis ſpectandum, plerique placuit.* DIGEST. Lib. I. Tit. IX. *De Senatoribus*, Leg. VII. §. 1.

(3) Voyez ce que l'on dira, *Liv.* VIII. Ch. 5. §. 9.

(4) *Non eſt incognitum, id temporis, quod in minore atate tranſmiſſum eſt, longi temporis præſcriptioni non imputari: ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem atatem dominus rei pervenerit.* COD. Lib. VII. Tit. XXXV. *Quibus non objicitur longi temporis præſcriptio*, Leg. III.

qui étoient pour ainſi dire, mourans lorſqu'il rendit l'ame, expirent ſans retour ſous la Minorité de ſon Fils. D'autant mieux qu'il eſt beaucoup plus fâcheux de ſe voir dépouillé d'une choſe que l'on voit long-tems poſſedée, que d'être exclus de ce que l'on n'a point encore eu en ſa puiſſance.

La Preſcription a lieu auſſi entre les Peuples.

§. XI. Par tout ce que nous avons dit il paroît qu'entre ceux (1) même qui n'ont d'autre Loi commune que le Droit Naturel & le Droit des Gens, on peut alleguer à juſte titre une poſſeſſion acquiſe de bonne foi, & conſervée long-tems ſans interruption. Cela eſt d'autant plus raiſonnable, que l'on cauſe de bien plus grands mouvemens en troublant la poſſeſſion d'un Souverain, qu'en troublant celle d'un Particulier. Il faut avouer pourtant, que dans les démêlez des Souverains il eſt ſouvent aſſez ſuperflu d'avoir recours au droit de Preſcription : le Poſſeſſeur pouvant ou devant du moins appuyer ſon droit ſur d'autres fondemens plus ſolides (2). D'ailleurs, comme l'a remarqué un (a) Commentateur de Grotius, *c'eſt ſouvent pour abréger ſimplement le diſcours, qu'on ne fait mention que de la longueur du tems dans la matiere de la Preſcription : car on doit toûjours ſouſentendre certaines circonſtances qui accompagnent ce tems, telles que ſont le délaiſſement de la choſe, ou l'indifférence avec laquelle l'ancien Maître l'a regardée, & les marques d'où l'on conjecture qu'il a bien voulu ne plus la reputer ſienne. Mais comme le mot de* tems *ſonne bien aux oreilles du Peuple, & qu'à parler generalement il renferme quelque choſe d'aſſez plauſible ; la continuation du tems de la poſſeſſion donnant de la force à toutes les autres preuves, c'eſt une adreſſe de Politique que de n'employer pas les termes avec toute l'exactitude Philoſophique, & de ſe ſervir de celui de tems comme renfermant le fondement general de cette matiere, en évitant de propos délibéré les explications & les circonſtances qui peuvent donner quelque force à une choſe incapable par elle-même de produire aucun effet, & en mettant à la place un tas confus d'exemples de gens qui raiſonnent à tors & à travers ſur ce principe, afin de donner quelque couleur & quelque étendue à ſon diſcours.* Je remarque même que dans les plus célebres exemples qu'on produit ſur cette matiere, on allegue outre la longue (b) poſſeſſion, (3) quelque titre capable d'ailleurs de conferer la Proprieté. C'eſt ainſi qu'Isocrate, parlant au nom d'*Archidamus*, prouve d'abord que les *Lacédémoniens* ſe ſont rendus maîtres de *Meſſene* par une Guerre légitime : après quoi il appelle à ſon ſecours, comme

(a) *Boëcler*, ad Lib. II. Cap. IV. §. 2. *pag.* 105.

(b) Voyez *Tacit.* Annal. Lib. VI. Cap. XXXI. num. 3, 4. *Edit. Rycq. Ammian. Marcellin.* Lib. XVII. C. V. *Herodian.* Lib. VI. Cap. 4. *Edit. Boëcler.* (6. Edit. Oxon.) *Zonar.* Tome III. ad ann. 354. (Lib. XIII. Cap. 9. pag. 19, 20. Tom. II, *Edit. Pariſ. Reg.*) & *Grotiu*, *ubi ſuprà*, §. 2.

§. XI. (1) Le célebre Pierre du Puy, Conſeiller & Bibliothecaire du Roi de *France*, ſoûtient le contraire, dans une Diſſertation intitulée *Si la Preſcription a lieu entre les Princes Souverains ?* Elle ſe trouve dans un Recueil de pluſieurs *Traitez touchant les droits du Roy Très-Chrétien*, imprimé à *Paris* en 1655. & à *Roüen* en 1670. Mais Mr. Werlhof, Profeſſeur à *Helmſtadt*, l'a refutée pié-à-pié, dans ſes *Vindiciæ Grotiani dogmatis, de præſcriptione inter gentes liberas, contra illuſtrem Scriptorem Gallicum* Petrum Puteanum. Cet Ouvrage, que j'ai déja cité plus d'une fois, eſt très-digne d'être lû ; quoiqu'après ce que l'on a dit ici, & dans le Texte & dans les Notes, il ſoit aiſé de voir de quel côté ſe trouve la verité. Je me contente de remarquer, que Mr. Werlhof demande qu'on lui explique de quel droit la Couronne de *France* a paſſé à la branche des *Carlovingiens*, par le moyen de *Pepin* ; & à celle des *Capétiens*, par *Hugues Capet* ; s'il eſt vrai, ſelon les principes de l'Auteur François, que les Succeſſeurs d'un Uſurpateur n'acquiérent jamais un droit légitime, valable contre les Deſcendans du Roi injuſtement déthroné.

(2) Mais il eſt vrai auſſi, que la plûpart du tems les autres titres ne ſouffriroient point, parcequ'en remontant de Poſſeſſeur en Poſſeſſeur & de titre en titre, on trouveroit enfin quelque poſſeſſion de mauvaiſe foi ou quelque titre vicieux, qui gâteroit & rendroit inutiles tous ceux qui en dépendent, quelque bons qu'ils fuſſent en eux-mêmes, ſi la longueur du tems qui s'eſt écoulé depuis ne diſſipoit l'impureté de la ſource.

(3) Aux exemples citez en marge, notre Auteur ajoûtoit, ſans aucun garant, celui de *Soliman*. Ce Sultan diſoit ſouvent que *Rome* & l'Empire d'*Occident* lui appartenoient, comme étant un des légitimes Succeſſeurs de *Conſtantin*, qui avoit transferé le Siége de l'Empire à *Byzance*. Ce ſont les propres paroles de Paul Jove, dans la Vie de *Soliman*, *Vit. Viror. Illuſtrium* Tome II. page 456. *Edit. Baſil.* 1567.

(4) Ἀλλὰ

me par ſurcroît, la (4) longueur de la poſſeſſion ; ajoûtant que perſonne ne leur avoit conteſté la domination de cette Ville, quoiqu'il s'en fût préſenté des occaſions favorables (c). En effet, le ſilence des intéreſſez pendant un ſi long eſpace de tems, forme ici ſurtout une forte préſomption à l'avantage du Poſſeſſeur ; car ces ſortes d'affaires ſont ordinairement de ſi grande conſéquence, & ſi forr expoſées à la vûë de tout le monde, que ſi un autre a quelque droit ſur le Païs dont on eſt en poſſeſſion, il ne ſauroit l'ignorer long-tems, ni manquer d'occaſions, du moins pour proteſter de ſon droit. Deſorte qu'en matiere de choſes qu'un Peuple a acquiſes hors de la Guerre, il eſt très-rare qu'on ne puiſſe avoir d'autre titre à alleguer que le droit de Preſcription. Pour celles que l'on acquiert par les armes, on n'a guéres beſoin de ſe fonder ſur la Preſcription ; car tant que l'Etat de Guerre dure, c'eſt la force ſeule qui donne la poſſeſſion de toutes les choſes priſes ſur l'Ennemi, lequel conſerve un plein droit de les recouvrer de quelque maniere que ce ſoit, du moins en offrant ſatisfaction, au cas que ſa cauſe ſoit mauvaiſe. Ainſi une Guerre pouvant durer plus de cinquante ans, ſi l'un des Ennemis a pris quelque Place de l'autre dans les premieres Campagnes, celui-ci peut la lui enlever avant la concluſion de la Paix (d) ; & quand la Paix eſt faite, on voit aiſément ce qui reſte à chacun. Si l'un céde alors quelque choſe à l'autre, celui-ci en acquiert dès ce moment la pleine Proprieté, (e) ſans qu'il ſoit néceſſaire d'attendre la Preſcription. Que ſi un tiers y a quelques prétenſions, il doit les ſignifier de bonne heure, s'il ſe peut même, lorſqu'on traite de la Paix : autrement il aura bien de la peine à ſe faire rendre ce que le Conquérant s'eſt approprié, comme l'ayant acquis à la pointe de l'épée.

(c) Voyez *Alberic. Gentil. de Jure Belli*, Leg. I. Cap. XXII.

(d) Voyez *Tit. Liv.* Lib. XXXIV. *Cap. ultim.*

(e) Voyez *Grotius*, Liv. III. Chap. VI. §. 7.

---

# CHAPITRE XIII.

## *Des* DEVOIRS QUI RE'SULTENT DE LA PROPRIETE' *des biens conſiderée en elle-même, & ſurtout de ce à quoi eſt tenu un* POSSESSEUR DE BONNE FOI.

§. I. APrès avoir recherché l'origine & la nature de la Proprieté, auſſi-bien que les différentes manieres d'Acquiſition, il faut paſſer maintenant aux DEVOIRS QUI RÉSULTENT IMMÉDIATEMENT (a) DU DROIT DE PROPRIETÉ conſideré en lui-même (1).

Chacun doit s'abſtenir religieuſement du bien d'autrui.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. X.

1. *Chacun eſt indiſpenſablement tenu envers tout autre qui n'eſt pas ſon Ennemi, de le laiſſer joüir paiſiblement de ſes biens, & de ne point les endommager, faire périr, prendre ou attirer à ſoi, ni par violence, ni par fraude, ni directement, ni indirec-*

(4) Ἀλλὰ μὲν οὐδ' ἐκεῖνο ὑμᾶς λέληθεν, ὅτι τὰς κτήσεις, καὶ τὰς ἰδίας, καὶ τὰς κοινὰς, ἢν ἐπιγένηται πολὺς χρόνος, κυρίας καὶ πατρῴας ἅπαντες εἶναι νομίζουσιν. » Tout le monde croit que » les poſſeſſions des Etats, auſſi-bien que celles des » Particuliers, étant continuées pendant un long eſ» pace de tems, leur aſſurent la proprieté de ce qu'ils » poſſedent ainſi, & font qu'on doit le regarder » comme leur patrimoine ». ISOCRAT. *in Archidam.* page 124. A. *Edit.* H. STEPH. Voyez JUGES, XI, 15. & ſuiv.

CHAP. XIII. §. I. (1) Les Devoirs qui regardent la Proprieté, peuvent auſſi être conſiderez par rapport au *Maitre* même, qui eſt obligé d'obſerver, dans l'uſage de ſon droit, toute la Loi Naturelle. Ainſi il feroit mal d'abuſer de ſes biens d'une maniere qui tournât au mépris de la Divinité, ou au préjudice de ſon Prochain. Il doit au contraire les employer, premierement à procurer la gloire de DIEU bien entenduë,

*tement ;* voilà le premier Devoir. D'où il paroît que le Vol, (2) le Larcin, les Extorſions, les Rapines, l'enlevement des Bornes, ou l'uſurpation de ce qui eſt au-delà des confins, & autres crimes ſemblables ſont expreſſément défendus par le Droit de la Nature. *La Divinité*, diſoit un ancien Poëte (3) *déteſte toute Violence : elle veut que chacun s'enrichiſſe par des voyes légitimes , & non pas en prenant le bien d'autrui. Renonçons donc aux Richeſſes mal acquiſes ; car la Terre, auſſi-bien que l'Air, appartient en commun à tous les Hommes, & ils peuvent y trouver dequoi augmenter leurs biens, ſans retenir ou enlever ceux d'autrui.*

Il faut rendre le bien d'autrui qui ſe trouve encore en nature.

§. II. 2. Mais *lorſque le bien d'autrui eſt tombé entre nos mains , ſans qu'il y ait de la mauvaiſe foi ou aucun crime de nôtre part , il faut voir ſi ce bien ſe trouve encore en nature, ou s'il n'eſt plus en notre pouvoir.* Et ſous le nom de *biens* on comprend ici le droit même que l'on a ſur les perſonnes, entant que l'on en retire quelque ſervice & quelque utilité, tel qu'eſt le pouvoir d'un Maître ſur ſon Eſclave.

A l'égard des *choſes qui ſont encore en nature*, on doit *faire enſorte, entant qu'en nous eſt, qu'elles retournent à leur légitime Maître* : & cette Obligation commence à déployer ſon effet, dès qu'on apprend que ce que l'on poſſede eſt à autrui; mais pas plûtôt. Je dis *entant qu'en nous eſt :* car non ſeulement on n'eſt pas tenu à l'impoſſible, mais même on n'eſt pas obligé de reſtituer enſorte qu'il nous en coûte ; & ſi l'on a fait quelques frais pour ce bien d'autrui, on peut les demander au Proprietaire, ou retenir la choſe juſqu'à ce qu'il nous en ait rembourſé. Il ſuffit donc de lui faire ſçavoir, que l'on a entre les mains une (a) choſe qui lui appartient, & qu'il ne tiendra pas à nous qu'il ne la recouvre (b). Les Loix Romaines étendent ſi loin ce principe, qu'elles diſent qu'on ne peut pas légitimement (c) prétendre de gratification pour avoir rendu ce que l'on a trouvé, à moins que le Maître de la choſe ne s'y ſoit engagé (d) lui-même ; & que ſi l'on (e) prend, pour s'en accommoder, une choſe perdue que l'on connoît telle, on ſe rend coupable de larcin, ſoit qu'on ſçache ou qu'on ne ſçache pas à qui elle eſt. Mais pour ce que l'on a acquis de bonne foi & par un titre légitime, on n'eſt point obligé, à mon avis, de ſe former ſoi-même des difficultez ſur la validité de ſon droit, & de publier, pour ainſi dire, à ſon de trompe, que l'on eſt en poſſeſſion de telle ou telle choſe, afin que ſi par hazard elle appartient à quelque autre il puiſſe la reclamer. Car quand il n'y a rien de vicieux, ni de (1) ſuſpect, dans le titre de la poſſeſſion, la bonne foi du Poſſeſſeur

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XI. Tit. IV. *De fugitivis*, Leg. I. §. 3.

(b) On voit bien, qu'il faut toûjours ſuppoſer ici un Poſſeſſeur de bonne foi ; car pour celui qui eſt de mauvaiſe foi, on en traite ailleurs. Voyez le paragraphe ſuivant ſur la fin.

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. XLVII. Tit. II. *De furtis*, Leg. XLIII. §. 9.

(d) Ibid. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis*, Leg. XV. & Lib. XII. Tit. V. *De conditione ob turpem vel injuſtam cauſam*, Leg. IV. §. 4.

(e) La Loi eſt citée ci-deſſus Ch. VI. §. 12. Not. 12. Voyez auſſi *Joſeph. Antiq. Jud.* Lib. IV. Cap. VIII. §. 29. *Edit. Hudſon.*

& à mettre ſes Loix en pratique, & enſuite à procurer l'avantage innocent des autres Hommes, auſſi-bien que le ſien propre. Titius, *Obſerv.* CCCXIII.

(2) Les Juriſconſultes Romains diſent formellement, que le Vol & le Larcin ſont contraires au Droit Naturel. *Furtum eſt contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei, vel etiam uſûs ejus, poſſeſſioniſve : quod lege naturali prohibitum eſt admittere.* Digest. *Lib.* XLVII. Tit. II. *De Furtis*, Leg. I. §. 3. Voyez auſſi Lib. L. Tit. XVI. *De verb. ſignif.* Leg. XLII. Saumaise, dans ſon Traité *De Uſuris*, Cap. IX. *page* 257 *& ſeqq.* forme là-deſſus des difficultez, mais qui, au jugement de Mr. Hertius, ne méritent pas même d'être rapportées.

(3) Μισεῖ γὰρ ὁ Θεὸς τὴν βίαν. τὰ κτητὰ δὲ
Κτᾶσθαι κελεύει πάντας, οὐκ ἐς ἁρπαγάς.
Ἐκτέος ὁ πλοῦτος ἄδικός τις ὤν.
Κοινὸς γάρ ἐστιν οὐρανὸς πᾶσι βροτοῖς,
Καὶ γαῖ', ἐν ᾗ χρὴ δώματ' ἀναπληρουμένους,
Τἀλλότρια μὴ ἔχειν, μηδ' ἀφαιρεῖσθαι βίᾳ.
Euripid. *Helen.* verſ. 909. *& ſeqq.*

On trouvera encore là-deſſus deux beaux fragmens de Menandre, tous deux rapportez par Clement *d'Alexandrie.* Stromat. *Lib.* V. *Edit. Sylburg.* page 605, 606. & par Eusebe, *Præpar. Evang.* Lib. XIII. Cap. XIII. & qui ſe trouvent à la page 268. du Recueil que Mr Le Clerc a publié. Ils ſont d'autant plus remarquables, qu'ils ſervent à confirmer ce que j'ai prouvé au long ci-deſſus, Liv. II. Chap. IV. §. 3. *Note* 4. Car on y voit, que ſelon les idées du commun des Payens exprimées dans les Piéces de Theatre, pour être agréable à la Divinité il faut ne pas convoiter le bien d'autrui, ne pas débaucher la Fille ou la Femme de ſon Prochain, être bien-faiſant, officieux, charitable, &c.

§. II. (1) Ces mots, *aut ſuſpecti*, ſont omis dans toutes les Editions, ſans en excepter la derniere de

le diſculpe pleinement, & fait qu'il détient ſans crime le bien d'autrui. Il faut auſſi ſuppoſer que l'ancien Maître ſoit encore à tems de revendiquer ſon bien; car la néceſſité de reſtituer le bien d'autrui ne détruit point la Loi de la Preſcription.

§. III. * Or il eſt clair que cette Obligation réſulte de la nature de la Proprieté; car, comme il peut arriver mille cas qui privent un Proprietaire de la poſſeſſion de ſon bien, il n'y auroit point de Proprieté aſſurée, ſi lorſqu'une choſe qui a maître, ſurtout une choſe mobiliaire, vient à tomber entre les mains de quelque autre, celui-ci pouvoit la cacher, ou s'en accommoder ſans rien dire; & à plus forte raiſon, s'il lui étoit permis de la retenir ouvertement, malgré le Proprietaire qui la reclame. En effet, au lieu que dans la communauté primitive chacun avoit droit de joüir, auſſi-bien que les autres, de tout ce qui ſe préſentoit & qui ne leur appartenoit pas plus qu'à lui: depuis l'établiſſement de la Proprieté, en conſéquence duquel chacun a renoncé au droit qu'il avoit ſur les choſes aſſignées en propre aux autres, on eſt (1)

* Preuve de cette verité.

1706. Je les ai remis, ſur la foi de la premiere, & on voit bien qu'ils ſont trop importans pour ne pas devoir être ajoûtez. Car ſi on a le moindre ſoupçon qu'une choſe n'appartienne pas véritablement à celui qui veut nous la transferer, on ne doit pas la prendre, & ſi on la reçoit, on s'expoſe ſoi-même à la néceſſité de reſtituer purement & ſimplement, au cas que le ſoupçon ſe vérifie.

§. III. (1) Il n'eſt pas beſoin ici de ſuppoſer aucune Convention generale. Voyez ce que j'ai dit ſur les Chap. IV. & VI. L'obligation de rendre le bien d'autrui qui eſt tombé entre nos mains, ſuit du but de la Proprieté même, auſſi naturellement que l'obligation de ne pas le prendre. Mais cette obligation doit être entenduë de telle maniere, qu'on ne détruiſe pas pour cela les droits de la Poſſeſſion de bonne foi, ou de la *Proprieté putative*; laquelle, comme je l'ai remarqué ſur le Chap. précedent §. 8. *Note* 3. produit le même effet que la Proprieté la plus réelle & la plus inconteſtable, tant que le véritable Maître ne paroît pas. C'eſt à quoi ni Grotius, ni notre Auteur, ni aucun autre, que je ſçache, n'a pris garde. Auſſi voit-on qu'ils ſont fort embarraſſez à décider pluſieurs cas qui ſe préſentent ſur cette matiere, & que leurs déciſions ne s'accordent pas toûjours les unes avec les autres: preuve évidente que le principe ſur lequel ils raiſonnent n'eſt pas bien clair. Je dis donc qu'un des principaux uſages des biens que chacun a étant d'entrer dans le Commerce de la Vie, & cet uſage demandant que le Poſſeſſeur de bonne foi ſoit reputé à tous égards légitime Proprietaire; un tel Poſſeſſeur n'eſt obligé à rendre que ce qui eſt en nature, c'eſt-à-dire, ce dont il ne s'eſt point encore défait, ou qui n'a pas péri de quelque maniere: car alors il ne tient plus rien, & ainſi il ne peut rien rendre, comme notre Auteur le reconnoît lui-même à l'égard de ce que l'on a donné ou revendu ſur le même pied qu'on l'avoit acquis, & de ce qui vient à périr ou à ſe perdre. Deplus, tout ce que le Poſſeſſeur de bonne foi a fait & executé comme tel, au ſujet du bien d'autrui qu'il a lieu de croire ſien, eſt auſſi valide, par rapport à lui, que s'il avoit diſpoſé d'une choſe à quoi perſonne autre n'eût eu rien à prétendre, & le profit qui peut lui être revenu de ce bien pendant qu'il l'a poſſedé de bonne foi, ou lorſqu'il s'en eſt défait, lui appartient par conſéquent. Car comme il étoit & qu'il devoit être cenſé veritable proprietaire, les droits & les émolumens de la Proprieté lui competent abſolument, juſqu'à ce qu'il n'ait plus lieu de s'attribuer cette qualité; & alors ſi l'ancien Maître recouvre ſon bien, il recommence, pour ainſi dire, ſur nouveaux frais, à exercer ſes fonctions. La joüiſſance paiſible du Poſſeſſeur de bonne foi eſt comme une eſpece d'interregne, qui interrompant le pouvoir du veritable Proprietaire, aſſure au Proprietaire putatif les effets de ſon adminiſtration qu'il a euë en main avec une pleine autorité. Cela poſé, voici juſqu'où s'étend, à mon avis, l'obligation naturelle de rendre le bien d'autrui dont on a été en poſſeſſion de bonne foi & à juſte titre. Si l'on en a diſpoſé par un acte valide & irrévocable en faveur d'un tiers qui l'a reçu auſſi de bonne foi, on n'eſt tenu a autre choſe qu'à aider, ſi l'on peut, l'ancien Maître à tirer raiſon de celui qui lui a pris ou retenu ſon bien malicieuſement, & à déclarer au nouveau Poſſeſſeur la decouverte des droits du veritable Proprietaire, afin qu'il faſſe à ſon égard ce qu'il doit. Que ſi la choſe eſt encore entre les mains du Poſſeſſeur de bonne foi, ou il en a acquis la poſſeſſion ſans qu'il lui en coûtât rien, ou il lui en a coûté quelque choſe pour l'avoir. Dans le premier cas, comme quand on a reçu la choſe en pur don, ou qu'on l'a trouvée, on doit la rendre purement & ſimplement ſans rien demander; à moins qu'on n'ait fait à l'occaſion de cette choſe quelques dépenſes dont on ne ſoit pas dedommagé d'ailleurs par le profit qu'elle nous a apporté. Dans l'autre cas, comme ſi on l'a achetée ou reçuë en gage, il eſt juſte que le veritable Maître, qui veut recouvrer ſon bien, rembourſe au Poſſeſſeur de bonne foi ce qu'il a donné; faute dequoi celui-ci peut retenir la choſe, & ſi l'autre ne la retire pas avant le terme de la Preſcription, elle change alors tout-à-fait de maître, enſorte que le premier n'a plus rien à y prétendre. Par ces principes, il eſt facile de décider nettement toutes les queſtions qui ont du rapport à cette matiere, comme on le verra par les Notes ſur les paragraphes ſuivans, où je rectifierai les penſées de l'Auteur. Quoiqu'il ne s'accorde pas toûjours avec Grotius, il raiſonne en general ſur les idées de ce grand hommes, dont l'autorité ſemble l'avoir entrainé ici. Je n'avance pas cela comme une ſimple conjecture. Dans les *Elémens de Juriſprudence Univerſelle*, qui ſont la premiere ébauche de l'Ouvrage que je commente, il avoit ſenti le foible de l'opinion de *Grotius*, & il y décide d'une maniere qui ne peut être bien fondée qu'en ſuppoſant les principes que je viens d'établir diſtinctement. Car il dit, qu'encore

convenu tacitement, que quiconque auroit entre ſes mains le bien d'autrui, le feroît retourner à ſon véritable Maître auſſi-tôt qu'il ſauroit à qui il appartient. Et certainement, s'il ne falloit rendre le bien d'autrui que quand le Maître le redemande lui-même, la Proprieté auroit trop peu de force, & ſeroit fort aiſée à perdre, puiſque ſouvent on ne ſçait ce que deviennent les choſes; ainſi, pour garder ce qu'on a, il en coûteroit à chacun, outre une grande dépenſe, trop de ſoins & d'inquiétudes. Or pour être obligé de rendre une choſe à ſon Maître lorſqu'il la redemande, il n'importe qu'on en ait acquis la poſſeſſion de bonne ou de mauvaiſe foi; car cette Obligation ne vient pas d'un délit, ni d'un engagement particulier où l'on ſoit entré avec le Proprietaire, mais de la choſe même, ou plûtôt d'une Convention générale qui accompagne tacitement la Proprieté des biens. Deſorte que celui qui a acquis de bonne foi une choſe qui appartient à autrui, eſt ſimplement tenu de la rendre à ſon Maître: au lieu qu'un Poſſeſſeur de mauvaiſe foi, outre la néceſſité indiſpenſable de reſtituer, eſt encore ſujet à la peine qu'il mérite pour avoir injuſtement retenu le bien d'autrui. Or la bonne foi n'a plus de lieu, du moins devant le Tribunal Divin, du moment qu'on vient à ſçavoir que (a) ce que l'on poſſede appartient à autrui; quoique devant les Hommes, la bonne foi où l'on a été d'abord en acquérant une choſe à juſte titre, exemte de toute peine.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. III. *De hereditatis petit.* Leg. XXV. §. 3. & Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti, vel contra*, Leg. I. §. 47. & Leg. II. III. IV.

Confirmation de la même vérité par des autoritez & des exemples.

§. IV. Pour confirmer & illuſtrer en même tems ce que je viens de dire, il faut rapporter ici une Loi du Deuteronome (a), où le Legiſlateur dit: *Lorſque tu verras un Bœuf de ton frere, ou un de ſes Agneaux ou de ſes Chevreaux, écartez ou égarez, tu ne les laiſſeras pas paſſer plus loin, comme ſi tu ne les voyois pas; mais tu les rameneras à leur Maître. Que s'il n'eſt pas ton voiſin, ou ſi tu ne ſçais qui il eſt, tu les retireras dans ta Maiſon, & les y garderas juſqu'à ce que celui à qui ils appartiennent les vienne chercher, & alors tu les lui rendras. Tu en feras de même d'un Ane, d'un Habit, & de toutes les autres choſes que ton frere aura perdues, & que tu auras trouvées.* Et afin qu'on ne s'imagine pas que c'eſt ici un ſimple devoir d'Amitié, dans un autre endroit où la même Loi ſe trouve (b), il y a, *ſi tu vois le Bœuf ou l'Ane de ton Ennemi.* Joseph (c) a ainſi entendu cette Loi, quoique dans la ſuite les *Juifs*, par la haine implacable dont ils étoient animez envers tous les autres Peuples, ſe ſoient mis dans l'eſprit que ce n'étoit pas une Loi Naturelle, & qu'ils ne devoient l'obſerver qu'à l'égard de ceux de leur propre Nation (d). L'Hiſtoire nous fournit auſſi pluſieurs exemples; en voici un remarquable. L'Empereur (e) *Théophile* étant un jour en voyage, une Femme courut après lui en criant que le Cheval qu'il montoit étoit à elle. En effet *Eparque*, qui lui en avoit fait préſent, l'avoit pris à cette Femme. L'Empereur le lui rendit auſſi-tôt: & comme il fut obligé enſuite de prendre le premier Cheval qu'il trouva pour continuer ſa route, il ordonna que déſormais, afin d'éviter un pareil inconvénient, l'Empereur ne marchât jamais ſans avoir pluſieurs Chevaux à ſa ſuite. Mais les deux exemples que (f) Grotius allégue enſuite, ne ſont pas bien à propos; car les *Lacédémoniens*, (g) qui après avoir condamné *Phœbi-*

(a) Chap. XXII. verſ. 1. & ſuiv.

(b) *Exod.* XXIII, 4.

(c) *Antiq. Jud.* Lib. IV. Cap. VIII. §. 30. *Edit. Hudſon.*

(d) *Selden. De Jur. Nat. & Gent. ſecund. Hebr.* Lib. VI. Cap. IV. Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. X. §. 1. *num.* 2. *Note* 2. & *Polyb.* Lib. VI. C. XXXI. *princip.*

(e) *Curopalat. de off. Conſtant.* & *Cedren.* pag. 424. *Edit. Baſil.* 1566.

(f) *Ubi ſuprà*, num. 4.

(g) Voyez la Vie de *Pélopidas*, dans *Corn. Nepos*; & dans *Plutarque*, pag. 280.

que les Loix Civiles de pluſieurs Peuples permettent à chacun de prendre ſon bien où il le trouve; cependant, *à ne conſidérer que le Droit Naturel, le véritable Proprietaire ne doit pas s'en prendre immédiatement au Poſſeſſeur de bonne foi, mais à celui qui l'a dépouillé de ſon bien.* Car, ajoûte-t-il, *pourquoi le Poſſeſſeur de bonne foi perdroit-il, ou ſeroit-il obligé à la pourſuite, plûtôt que le véritable Maître, puiſqu'il n'y a pas de ſa faute?* Lib. I. Def. V. §. 25. page 77, 78. Au reſte, je vois avec plaiſir, que Mr. Trever, Profeſſeur à *Helmſtadt*, a témoigné approuver abſolument mes idées ſur cette matiere, ſur le Chapitre qui répond à celui-ci, dans l'Abregé *De Offic. Hom. & Civ.* qu'il publia avec ſes Notes en 1717.

*das* pour s'être emparé de la Forteresſe de *Cadmée*, ne laiſſerent pas de la retenir, étoient ſans contredit poſſeſſeurs de mauvaiſe foi ; & par conſéquent l'obligation où ils étoient de reſtituer venoit d'un autre principe. (1) Pour ce qui regarde (h) *Marc Craſſus*, & *Quintus Hortenſius*, ils étoient auſſi complices de la falſification du Teſtament de *Minucius Balſilus*, qu'un Receleur eſt complice du larcin ; puiſqu'ils comprenoient bien qu'on ne les avoit nommez héritiers dans ce Teſtament, que pour les engager à maintenir par leur crédit ceux qui l'avoient ſuppoſé, dans une paiſible jouïſſance du fruit de leur injuſtice.

Au reſte, il paroît par ce que nous venons d'établir, combien eſt injuſte la (i) coûtume des Païs où l'on confiſque les biens de ceux (2) qui ont fait naufrage ; comme (3) auſſi celle des (k) lieux où l'on adjuge au Fiſc une choſe dérobée, au lieu de la rendre au Proprietaire.

§. V. *. COMME l'obligation de reſtituer le bien d'autrui eſt fondée ſur une Convention générale entre tous les Hommes, il s'enſuit qu'elle doit former une exception à l'exécution des Contracts particuliers faits au ſujet d'une choſe dont le veritable Maître a été dépouillé de quelque maniere que ce ſoit ; (a) & qu'ainſi, du mo-

(h) *Cicer. de Offic.* Lib III. C. XVIII. Voyez le ſens du paſſage rapporté ci-deſſus, Chap. X. §. 7. *Note* 2.

(i) Voyez *Grotius*, Lib. II. Cap. VII. §. 1. ibique *Boecler. Jacob. Godofred. de Imper. Maris*, Cap. XI. *Joan. Loccenius, de Jure maritimo*, Lib. I. C. VII. §. 9. *Bodin.* Lib. I. *De Repub.* Cap. X. *Gramond. Hiſt. Gall.* Lib. XVI. pag. 717. *Edit. Elzevir.* &c.

(k) Voyez *Ant. Matth. de crimin.* Tit. *de Furtis*, Cap. IV. §. 4.

* Cette Obligation diſpenſe de tenir les Contracts poſterieurs.

(a) Voyez *Diog. Laërt.* Lib. VI. §. 54. où il y a un mot fondé ſur ceci.

§. IV. (1) Mais GROTIUS allégue ces deux exemples, pour montrer qu'il ne ſuffit pas d'avoir acquis la Poſſeſſion de bonne foi, ou de s'être cru d'abord en droit de profiter d'un Teſtament que l'on ne ſçavoit point être ſuppoſé. Or ſur ce pied-là, l'application eſt juſte. Voyez ce que j'ai dit ſur l'endroit même de GROTIUS, *Note* 6. & 8.

(2) Voyez la Note de Mr. HERTIUS ſur cet endroit, & ſa Diſſertation *de Superioritate Territoriali*, §. 56. dans le II. Tome de ſes *Commentat. & Opuſc.* Il y a en *Allemagne* des endroits où les Prédicateurs ne font pas difficulté de prier Dieu en Chaire, *qu'il ſe faſſe bien des Naufrages ſur leurs Côtes.* Mr. THOMASIUS ſoûtient néanmoins que ni ces prieres, ni la coûtume en elle-même, ne ſont pas entierement déraiſonnables, ni incompatibles avec les Régles de la Charité & de la Juſtice. Quoique, dit-il, dans le tems même du Naufrage, on n'ait pas deſſein d'abandonner abſolument ce que l'on jette, on n'a pour l'ordinaire aucune eſpérance de le recouvrer, parceque l'on ſçait, ou qu'on a du moins lieu de croire qu'il eſt fort à craindre que des Marchandiſes jettées dans la Mer ne périſſent ; d'autant plus que cela ne ſe fait guéres qu'en pleine mer. Deplus, le Maître des Côtes peut, à la place du Péage qu'il ſeroit en droit d'exiger des Etrangers, ſe dédommager par-là des dépenſes qu'il eſt obligé de faire pour l'entretien de ſes Ports & de ſes Rivages. Ajoûtez à cela, qu'il eſt ſouvent très-difficile de ſçavoir à qui appartiennent les Marchandiſes que la Mer jette ſur le Rivage ; ainſi il en eſt ici comme des Alluvions, qui par le Droit même des Gens ſont un moyen légitime d'acquérir. Les prieres publiques ſur ce ſujet, ne doivent pas être entenduës comme ſi l'on demandoit à DIEU qu'il veuille bien procurer un grand nombre de Naufrages : mais ſeulement qu'il faſſe enſorte que la Mer ne retienne pas dans ſon ſein les Marchandiſes jettées, & s'en décharge ſur les Côtes du Pays plûtôt que ſur celles des autres. Quelle apparence que tant de pieux Eccleſiaſtiques imploraſſent tous les jours le ſecours du Ciel pour une choſe contraire au Droit Naturel, ou que du moins aucun de leurs Freres ne les eût avertis charitablement d'un péché ſi déteſtable qu'ils commettroient depuis ſi long-tems ? Voilà les raiſons de l'Auteur, dont il s'agit, telles qu'il les expoſe dans une Diſſertation *De Statuum Imperii poteſtate legiſlatoria contra Jus commune*, imprimée à *Hall* en 1703. §. 42. A quoi on peut joindre ce qu'il a dit depuis dans une autre Diſſertation *De Regalibus Fiſci Principum Germaniæ*, &c. imprimée en 1713. *page* 53, *& ſeqq.* où il trouve la coûtume de s'approprier indiſtinctement les biens de ceux qui ont fait naufrage, *inhumaine & inique, mais point injuſte.* La maniere dont il juſtifie, dans la premiere Diſſertation des prieres ſi viſiblement abſurdes, pour ne rien dire de pis, pourroit faire croire qu'il ne parle pas ſerieuſement, & qu'il a voulu ſe divertir aux dépens de ces Eccléſiaſtiques peu ſcrupuleux. Pour ce qui eſt de la confiſcation des choſes appartenantes à ceux qui ont fait naufrage, les Proprietaires en les jettant, ne les comptent pas ſi fort pour perduës, qu'ils ne ſe reſervent le droit de les reclamer, ſi elles viennent à être portées ſur les côtes, comme ils ſçavent bien que cela peut arriver. Voyez ci-deſſus, Chap. VI. §. 12. *Note* 12. Et ce n'eſt pas ſur ces malheureux qu'il faut ſe dédommager de l'entretien des Ports & des Rivages : le péage ſeroit trop exorbitant & trop odieux, ceux qui perdent leur bien, payeroient ainſi pour ceux qui ont le bonheur & de le ſauver, & de gagner encore dans leur voyage. Cela même que l'on ne fait guéres naufrage qu'en pleine mer, comme le dit Mr. THOMASIUS, montre aſſez combien eſt frivole le prétexte de ce prétendu dédommagement : & la difficulté de reconnoître les véritables maîtres des Marchandiſes que la mer jette à bord, prouve ſeulement qu'on ne doit pas les adjuger au premier venu, ſans examiner s'il a raiſon de les demander ; & que ſi on ne ſçait à qui elles appartiennent, elles demeurent alors au Seigneur du Païs, par droit de premier occupant. En un mot, la coûtume dont il s'agit, ne pourroit être juſtifiée qu'en ſuppoſant que la Proprieté finit avec la Poſſeſſion actuelle : hypothéſe que j'ai ſuffiſamment réfutée ci-deſſus, Chap. VI. §. 1. *Note* 1. Joignez ici ce que j'ai dit dans mon *Diſcours ſur le Benefice des Loix*, page 11. & ſuiv. *Edit. d'Amſt.*

(3) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. I. §. 11. *Note* 2.

ment qu'il paroît que la choſe appartient à autrui, le Contract par lequel le Poſſeſſeur s'étoit engagé de la transférer à un tiers, eſt (1) entierement nul. Un Commentateur (b) de GROTIUS allegue ici mal-à-propos une Loi (2) du *Digeſte*, par laquelle il prétend prouver, que l'Obligation de rendre le bien d'autrui ne diſpenſe pas toûjours de tenir un Contract poſterieur. *Il importe peu*, diſent les Juriſconſultes Romains, *que les Marchandiſes qu'on a miſes ſur un Vaiſſeau ſoient à nous, ou à autrui, pourvû qu'on ait intérêt qu'elles ne périſſent pas; car le Maître du Vaiſſeau doit nous en répondre, plûtôt qu'à ceux à qui elles appartiennent. Si donc j'ai reçu des Marchandiſes en gage pour quelque argent prêté que le Débiteur a mis à la groſſe aventure, le Maître du Vaiſſeau doit me répondre de ces Marchandiſes, plûtôt qu'à mon Débiteur, lorſqu'il les a reçues dans ſon bord, & qu'il s'en eſt chargé.* Mais en ce cas-là le Créancier a intérêt plus que le Débiteur, que les choſes engagées ne périſſent point, & le Débiteur, tout Proprietaire qu'il eſt, ne peut redemander ſon gage, ſans avoir auparavant payé ce qu'il a emprunté là-deſſus. Il y a une autre Loi, où la maxime dont nous traitons eſt établie par un bel exemple; c'eſt celui d'une choſe dérobée, reçuë en dépôt; car (3) les Juriſconſultes ſoûtiennent qu'on doit la rendre à ſon Maître, & non pas au Voleur de qui on la tient. Ils diſent au même endroit (4), que par le Droit de la Nature & des Gens on eſt obligé de rendre un Dépôt à une perſonne condamnée à un banniſſement perpétuel, & dont les biens par conſéquent ſont confiſquez. Mais je ne ſçaurois ſouſcrire à cette déciſion; car le Droit même des Gens donnant aux Souverains le pouvoir de confiſquer les biens des Criminels, lorſque le Coupable à été juſtement condamné à une telle peine, le Droit Naturel veut ſans contredit que tous ſes biens reviennent au Fiſc; quoiqu'il ſoit purement de Droit Civil, que la peine qui emporte confiſcation de biens ſoit attachée à tel ou tel Crime plûtôt qu'à tout autre. Et l'utilité qui revient de là au Public, par la crainte que cet exemple inſpire à ceux qui pourroient former le deſſein de commettre le même crime, ſert bien à faire voir la juſtice d'une telle ſentence; mais non pas proprement à prouver, comme le ſuppoſent ici les Ju-

(b) *Ziegler, ad loc. ubi ſuprà.*

§. V. (1) C'eſt que dès-lors il n'y a plus de bonne foi. Mais lorſque le Contract eſt déja executé, avant qu'on ait ſçu que la choſe appartenoit à autrui, on ne peut ni ne doit le rompre; & l'ancien Proprietaire n'a plus rien à demander à celui qui n'eſt plus en poſſeſſion de ſon bien, & qui avoit un plein droit d'en diſpoſer, ſelon ce que j'ai dit ci-deſſus, §. 3. *Note* 1.

(2) *Item* POMPONIUS l. 34. *ſcribit, parvi referre res noſtras, an alienas intulerimus, ſi noſtra interſit ſalvas eſſe: etenim nobis magis, quàm quorum ſunt, debent ſolvi: & ideo ſi pignori merces accepero [ob pecuniam nauticam] mihi magis, quàm debitori, nauta tenebitur, ſi ante eas ſuſcepit.* DIGEST. Lib. IV. Tit. IV. *Nautæ, caupones, ſtabularii, ut recepta reſtituant*, Leg. I. §. 7. Dans les dernieres paroles quelques anciennes Editions portent: *ſi* A ME *eas ſuſcepit*; & Mr. SCHULTING croit avec raiſon, qu'il vaut mieux lire ainſi, *Enarr. in* PAND. *ad dict. Tit.* §. 3. Au reſte, l'intérêt du Créancier conſiſte ici en ce qu'il eſt indiſpenſablement obligé de rendre les Marchandiſes au Débiteur, lorſque celui-ci payera la Dette; deſorte que ſi les Marchandiſes viennent à être volées dans le Vaiſſeau, comme le Créancier ne devoit pas les expoſer à ce péril, il en eſt reſponſable. Voyez DIGEST. Lib. XLVII. Tit. II. *De Furtis*, Leg. XV. *princ.*

(3) *Incurrit hic & alia inſpectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum eſt, nullo extrinſecus adſumpto, æſtimare debeamus, an reſpectu etiam aliarum perſonarum, ad quas id quod geritur, pertinet; exempli loco, latro ſpolia quæ mihi abſtulit, poſuit apud* Seium *inſcium de malitia deponentis, utrum latroni an mihi reſtituere* Seius *debeat? Si per ſe dantem accipientemque intuemur, hæc eſt bona fides, ut commiſſam rem recipiat is qui dedit: ſi totius rei æquitatem, quæ ex omnibus perſonis, quæ negotio iſto continguntur, impletur, mihi reddenda ſunt, quoi* (c'eſt ainſi qu'il faut lire avec GROTIUS) *facto ſceleſtiſſimo adempta ſunt: & probo* hanc eſſe juſtitiam, quæ ſuum cuique ita tribuit, ut non diſtrahatur ab ullius perſonæ juſtiore repetitione. DIGEST. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti vel contra*, Leg. XXXI. §. 1. Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. VI. §. 11. à la fin.

(4) *Reus capitalis judicii depoſuit apud te centum, is deportatus eſt, bona ejus publicata ſunt; utrumne ipſi hæc reddenda, an in publicum deferenda ſint? Si tantum naturale Jus & Gentium intuemur, ei, qui dedit, reſtituenda ſunt: ſi Civile Jus, & Legum ordinem, magis in publicum deferenda ſunt. Nam malè meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet.* Ibid. *princip.*

riſconſultes Romains, (5) que l'on doit rendre le Dépôt au Fiſc plûtôt qu'au Criminel condamné. Il vaut mieux dire, que par la ſentence de condamnation le Criminel a été dépouillé de la Proprieté de tous ſes biens, au profit du Fiſc. Or, ſoit que la Proprieté vienne du Droit Civil ou du Droit des Gens, tout Poſſeſſeur d'une choſe appartenante à autrui eſt tenu de la rendre à celui qui en eſt pour l'heure le véritable Proprietaire. (6).

C'eſt ſur cette obligation de reſtituer le bien d'autrui, lors même qu'on s'en trouve en poſſeſſion de bonne foi, que ſont fondées bien des (c) déciſions des mêmes Juriſconſultes : entr'autres ce qu'ils diſent ſur la (7) *Revendication* & les autres *actions réelles* qui y ont du rapport, & en quelque maniere ſur (8) *l'action perſonnelle de l'Indû*, ſur l'*action* (9) *perſonnelle pour choſe donnée, & cauſe non enſuivie*, ſur l'*action perſonnelle pour* (10) *choſe donnée ſans cauſe*. Ils prétendent pourtant, que toutes ces actions ſont fondées ſur quelque *Quaſi-Contract* (11), comme ils l'appel-

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. XXV. Tit. II. *De actione rerum amotarum*, Leg. XXV.

(5) Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. III. Cap. II. Pour ce qui eſt de la choſe en elle-même, il y a ce me ſemble quelque diſtinction à faire. Quand il s'agit d'un vrai Scélérat, qui eſt coupable de crimes énormes, & qui paroit endurci au mal, ce ſeroit lui fournir le moyen de continuer, que de lui rendre ce qu'il nous a confié. Mais lorſque le Criminel a été condamné pour des choſes qui ne ſont mauvaiſes que parceque les Loix les ont defenduës, ou lorſqu'un mouvement impétueux de paſſion, une tentation violente, le poids d'une habitude aidée par le tempérament, l'ont entraîné à commettre quelque action très-criminelle de ſa nature : on peut non ſeulement, mais l'on doit même, à mon avis, rendre fidélement le Dépôt au malheureux. Et en cela on ne fait rien de contraire au devoir d'un bon Citoyen ; car le but & l'eſprit des Loix qui décernent la peine de confiſcation générale de tous biens, demande à la verité que tout ce qui paroit ou qui pourra être découvert ſoit effectivement confiſqué ; mais il ne demande nullement que chacun aille déclarer ce qu'il a entre les mains qui appartient au Criminel condamné. Ce ſeroit étendre trop loin la ſéverité des Loix, qui doit être adoucie autant qu'il eſt poſſible ; & lors même qu'elles ordonnent expreſſément à chacun de ne rien cacher, il faut interpréter cela de telle maniere, qu'on en ſoit quitte pour ſubir la peine impoſée à ceux qui auront eu le courage de courir ce riſque pour rendre ſervice à un malheureux. Les liaiſons d'Amitié & de Parenté, qu'il eſt de l'intérêt public de favoriſer & d'entretenir, rendent cette interprétation encore plus juſte, puiſque c'eſt pour l'ordinaire à un Parent ou à un Ami que l'on confie un Dépôt : & s'il ſe trouve qu'en remettant le Dépôt au Fiſc, on prive des enfans, ou autres perſonnes innocentes, d'une choſe qui devoit leur revenir, quelque méchant que ſoit le Criminel dont les biens ſont confiſquez, quelque atroces que ſoient les crimes par leſquels il s'eſt attiré cette punition, il n'y a point de Loy Humaine qui puiſſe être entendue enſorte qu'elle oblige en conſcience à reveler le ſecret, & trahir les intérêts de ceux qui devoient hériter de la choſe dépoſée, & qui n'ont rien fait pour mériter d'en être fruſtrez.

(6) Il y a, ajoûtoit ici notre Auteur, d'autre cas où la Loi qui ordonne de rendre le Dépôt ſouffre des exceptions ; comme quand un homme qui nous avoit confié une Epée, étant depuis tombé en délire, vient nous la redemander ; ou quand celui qui nous a remis entre les mains une ſomme d'argent, entreprend la guerre contre l'Etat. Voyez Ciceron, *De Offic.* Lib. III. Cap. XXV. Senec. *de Benefic.* Lib. IV. Cap. X. Ambros. *de Offic.* Lib. I. Cap. ult. *Ariarathe*, Roi de *Cappadoce*, étant rentré dans ſon Royaume dont il avoit été chaſſé par *Oropherne*, demanda à ceux de *Priéne* quarante talens que celui-ci leur avoit donné en dépôt : & comme ils refuſoient de s'en deſſaiſir, & qu'ils vouloient les garder pour *Oropherne*, *Ariarathe* porta le fer & le feu dans leur païs, en quoi il *commit une injuſtice*, dit Polybe qui rapporte ceci in *Excerpt. Peireſc.* page 173. On pourroit pourtant, ajoûte notre Auteur, juſtifier *Ariarathe*, en ſuppoſant qu'*Oropherne* l'avoit injuſtement dépouillé de ſon Royaume. Mais Polybe ſemble lui-même excuſer *Ariarathe* pour le fond de l'affaire, & blâmer ſeulement la trop grande rigueur des actes d'hoſtilité qu'il exerça contre ceux de *Priéne*.

(7) *Rei vindicatio.* Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. & ce que j'ai dit ci-deſſus, Chap. IX. §. 8. *Note* 4.

(8) Voyez ci-deſſus, Chap. IX. §. 4. *Note* 4.

(9) Voyez encore le Chap. IX. de ce Livre, §. 4. *Note* 5.

(10) *Condictio ſine cauſa.* C'eſt lorſque l'on a promis ou donné quelque choſe pour une cauſe qui ceſſe, ou ſous une condition qui n'arrive point ; comme ſi l'on a reçu une Dot pour un Mariage qui ne s'accomplit point, ou qui eſt annullé. Voyez Digest. Lib. XII. Tit. VII. & là-deſſus le Commentaire de Mr. Noodt, auſſi-bien que ſur les autres matieres dont nôtre Auteur parle ici.

(11) Dans le préjugé où étoient les Juriſconſultes Romains, qu'il n'y a point d'Obligation envers autrui qui ne ſoit fondée ſur le conſentement de celui qui y eſt aſtreint ; lorſqu'il ne paroiſſoit aucune ombre de conſentement en certaines choſes auſquelles néanmoins ils ne pouvoient s'empêcher de reconnoitre qu'on ne fût tenu, ils le ſuppoſoient, & c'eſt ce qu'ils appelloient *Quaſi-Contract*. C'eſt là-deſſus qu'ils fondent la *Geſtion des affaires d'autrui ſans commiſſion* ; le *maniment d'affaires communes ſans ſocieté* ; l'*adminiſtration d'une Tutéle* ; *l'adition ou acceptation d'une Héredité* ; le *payement d'une choſe qui n'étoit pas dûë*. Mais en tous ces cas-là, l'Obligation vient ou d'une Convention tacite, proprement ainſi nommée, ou d'une Loi Poſitive, ou des maximes toutes ſeules de l'Equité Naturelle ; deſorte qu'ici, ou il y a un vrai conſentement tacite, & alors il n'eſt pas beſoin de le feindre : ou le

lent ; car, diſent-ils, n'y ayant point ici de Donation pure & ſimple, on ſuppoſe que l'un n'a donné, & que l'autre n'a accepté, qu'à condition que ſi la cauſe en vûë de laquelle l'affaire ſe faiſoit, manquoit ou n'avoit pas lieu, on rendroit ce qui auroit été donné.

Au reſte, ce que nous avons dit de la reſtitution du bien d'autrui, comprend auſſi les fruits qui ſont encore en nature : bien entendu qu'au préalable on en déduiſe les dépenſes faites pour les produire, pour les recueillir, ou pour les garder.

Il faut rendre le profit que l'on a fait à l'occaſion du bien d'autrui.

§. VI. Pour ce qui eſt des *choſes qui ne ſont plus en nature*, l'Equité Naturelle veut *que le Poſſeſſeur de bonne foi, qui les a conſumées, rende au véritable Maître, non tout ce qu'elles valoient, mais la valeur du profit qu'il en a fait* ; à moins que le Proprietaire n'ait été dédommagé d'ailleurs : car ſi, par exemple, celui qui lui avoit dérobé ſon bien lui en a payé la valeur, il ne peut plus rien demander au Poſſeſſeur de bonne foi, quoique celui-ci en ſoit devenu plus riche. La raiſon de cette maxime, ce n'eſt pas tant, comme le dit (a) Grotius, que *la Proprieté des biens a été établie pour entretenir l'égalité entre les Hommes ; c'eſt-à-dire, afin que chacun eût le ſien ; or ſi l'un profitoit du bien de l'autre, celui-ci auroit moins que le premier* : ce n'eſt pas tant, dis-je, pour cela, que parcequ'une choſe dont on n'a perdu la Proprieté, ni par un tranſport qu'on en ait fait ſoi-même volontairement, ni par un délit, ni par le droit de la Guerre, nous appartient toûjours avec tout ce qui en provient. Lors donc qu'elle eſt tombée entre les mains d'un autre qui en a acquis la poſſeſſion à juſte titre, & qui a profité de ſa conſomption ; ſa bonne foi le diſculpe à la vérité, mais il ne ſauroit ſous aucun prétexte ſe diſpenſer de (1) rendre le gain qu'il a fait au Maître de la choſe, qui le lui demande, (b) puiſque ce profit eſt comme une partie ou un revenu qui reſte du bien d'autrui. C'eſt une ſuite de la maxime commune, (2) *perſonne ne doit s'enrichir au détriment d'autrui* ; maxime qui doit être entenduë avec cette reſtriction, que celui qui reçoit du dommage n'y ait pas donné lieu lui-même ou par ſon propre conſentement, ou par un délit, & que le dommage ne puiſſe être imputé en aucune façon à celui qui en profite : car il n'eſt pas illicite de retirer quelque profit à l'occaſion (3) d'un dommage d'autrui, à la

(a) Liv. II. Chap. X. §. 2.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. III. *De heredit. petit.* Leg. XXII.

conſentement ni exprès, ni tacite, n'eſt nullement neceſſaire, l'autorité de la Loi, ou la nature ſeule de l'affaire ſuffiſant pour établir l'obligation ; & ainſi on n'a que faire de ſuppoſer un conſentement, que celui qui ignoroit la choſe dont il s'agit ne pouvoit par-là donner en aucune façon. Voyez ce que j'ai dit ci-deſſus, Liv. III. Chap. VI. §. 2. *Note* 3. & Institut. Lib. III. Tit. XXVIII. *De obligationibus quæ quaſi ex contractu naſcuntur.*

§. VI. (1) Il peut fort bien s'en diſpenſer, puiſque comme je l'ai fait voir ci-deſſus, §. 3. *Note* 1. pendant tout le tems qu'il a été Poſſeſſeur de bonnne foi, il agiſſoit en maître, & il l'étoit effectivement : ainſi le profit qu'il a tiré de la choſe, n'eſt pas une partie ou un revenu qui reſte du bien d'autrui, mais une acquiſition faite en vertu de ſon droit de Poſſeſſeur ; & elle doit lui demeurer avec d'autant plus de raiſon, que c'eſt preſque toûjours, d'une maniere ou d'autre, un fruit de ſon induſtrie. Au reſte conferez ſur tout ceci, mes Notes ſur le Chapitre de Grotius cité en marge, §. 2, *& ſuiv.*

(2) *Jure naturæ æquum eſt neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſis regulis Juris*, Leg CCVI.

*Hoccine credibile eſt, aut memorabile !*
*Tanta vecordia innata cuiquam ut ſiet ;*
*Ut malis gaudeant atque ex incommodis*
*Alterius ſua ut comparent commoda :*

Terent *Andr.* Acte IV. Scene I. verſ. 1. *& ſeqq.* Voyez Cicer. *de Offic.* Lib. III. Cap. V. Toutes citations de l'Auteur.

(3) „ *Demadès* Athenien, condamna un homme de „ ſa ville, qui faiſoit meſtier de vendre les choſes „ neceſſaires aux enterremens, ſous titre de ce qu'il en „ demandoit trop de profit, & que ce profit ne pou„ voit lui venir ſans la mort de beaucoup de gens. Ce „ jugement ſemble être mal pris, d'autant qu'il ne ſe „ fait aucun profit qu'au dommage d'autrui, & qu'à „ ce compte il faudroit condamner toute ſorte de gain. „ Le Marchand ne fait bien ſes affaires qu'à la dé„ bauche de la Jeuneſſe, le Laboureur à la cherté des „ bleds, l'Architecte à la ruine des maiſons : les Of„ ficiers de la Juſtice aux procès & querelles des hom„ mes : l'honneur même & practique des Miniſtres de „ la Religion ſe tire de nôtre mort & de nos vices. „ Nul Medecin ne prend plaiſir à la ſanté de ſes amis „ mêmes, dit l'ancien Comique Grec, ni Soldat à la „ paix de ſa ville : ainſi du reſte. Et qui pis eſt, que „ chacun

la production duquel on n'a rien contribué. Les Juriſconſultes Romains fondent ſur ce principe de l'Equité Naturelle bien des déciſions, qui d'ailleurs ne s'accordent guéres avec la lettre du Droit Civil (4) ; & c'eſt-là entr'autres le principal fondement de *l'action (5) pour répéter ce qui eſt tourné au profit d'une perſonne par le Contract d'une autre qui eſt ſous ſa puiſſance.*

Si la choſe périt, ou ſe perd, le Poſſeſſeur de bonne foi n'eſt point obligé à reſtitution.

§. VII. DE LA dépend auſſi la ſolution de pluſieurs Queſtions que les Juriſconſultes & les Moraliſtes agitent ici ordinairement. Nous allons les copier de (a) GROTIUS.

1. *Un Poſſeſſeur de bonne foi, entant que* (b) *tel, n'eſt obligé à aucune reſtitution, ſi la choſe eſt venuë à périr ou à ſe perdre* (c); car en ce cas-là il n'a ni la choſe ni le profit. Je dis, *un Poſſeſſeur de bonne foi:* car il ne s'agit ici que d'un tel Poſſeſſeur ; celui qui eſt de mauvaiſe foi, (d) outre l'Obligation qui vient de la choſe même, étant tenu de ſon propre fait, & ſe rendant ſujet à la peine. J'ajoûte, que le Poſſeſſeur de bonne foi n'eſt point obligé à reſtituer, quand même la choſe ſe ſeroit perdue par ſa faute ; car la bonne foi lui (1) tenoit lieu de Proprieté. Or il eſt aſſez fâcheux à un Proprietaire de perdre ſon bien, ſans qu'il lui en coûte après cela quelque autre choſe pour punition de (2) ſa négligence. Mais ſi le Poſſeſſeur de bonne foi ayant appris que la choſe dont il ſe trouve en poſſeſſion, eſt à autrui, la détruiſoit ou la perdoit tout exprès pour n'être pas obligé de la rendre à ſon véritable Maître, il devroit alors la payer, comme s'il en avoit acquis la poſſeſſion de mauvaiſe foi.

(a) *Ubi ſuprà*, §. 3. *& ſeqq.*

(b) Voyez *Ziegler ad Grot. ubi ſuprà.*

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. III. *De hereditatis petitione*, Leg. XL. *princip.*

(d) Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. XII. XIII.

Le Poſſeſſeur de bonne foi eſt tenu de rendre les fruits de la choſe, qui ſont encore en nature

§. VIII. 2. UN *Poſſeſſeur de bonne foi eſt tenu de rendre non ſeulement la choſe, mais encore les fruits qui ſe trouvent encore en nature ;* (a) car les Fruits d'une choſe reviennent naturellement à celui à qui elle appartient. On diſtingue ici entre les *Fruits de la choſe même*, & les *Fruits de l'induſtrie* du Poſſeſſeur. GROTIUS prétend qu'on ne doit reſtituer que les premiers; car, dit-il, quoique les Fruits de l'induſtrie ne fuſſent pas provenus ſans la choſe, ils ne la ſuivent pas néceſſairement. D'autres croyent néanmoins, qu'il faut reſtituer ces ſortes de Fruits, (1) auſſi-bien

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. XX. L.

» chacun ſe fonde au dedans, il trouvera que nos ſouhaits interieurs pour la plûpart naiſſent & ſe nourriſſent aux dépens d'autrui. Ce que conſiderant, il » m'eſt venu en fantaiſie, comme nature ne ſe dement point en cela de ſa generale police : car les » Phyſiciens tiennent que la naiſſance, nourriſſement, » augmentation de chaque choſe, eſt l'alteration & » corruption d'une autre :

*Nam quodcunque, ſuis mutatum finibus exit,*
*Continuò hoc mors eſt illius, quod fuit ante.*
LUCRET. Lib. II, 752, 753.

Ce Chapitre des *Eſſais de* MONTAGNE, auquel l'Auteur renvoyoit, & qui eſt le XXI. du I. Livre, étoit ſi court, que j'ai cru que le Lecteur ne s'ennuyeroit pas pas plus à le lire que je me ſuis ennuyé à le copier. Voyez SENEQUE, de Benefic. *Lib.* VI. *Cap.* XXXVIII. d'où preſque tout ceci eſt tiré.

(4) Voyez-en pluſieurs exemples dans GROTIUS, Liv. II. Chap. X. §. 2. num. 2. *& ſuiv.* d'où nôtre Auteur a tiré quelques Loix auſquelles il renvoyoit.

(5) *Actio de in rem verſo.* Voyez INSTITUT. Lib. IV. Tit. VII. *Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur* ; & DIGEST. Lib. XV. Tit. III. *De in rem verſo*, avec le Commentaire de Mr. NOODT ſur ce Titre.

§. VII. (1) Cet aveu de l'Auteur eſt remarquable ; mais il n'en a pas vû les conſéquences, & il ſuit de tout autres principes dans la déciſion des cas ſuivans.

(2) Le Droit Romain diſpenſe auſſi un Poſſeſſeur de bonne foi de reſtituer ce qu'il a laiſſé déperir par ſa négligence, & ce qu'il a même conſumé ou prodigué mal-à-propos, le croyant ſien. *Quemcumque igitur ſumtum fecerint ex hereditate, ſi quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re ſua ſe abuti putant, non præſtabunt.* DIGESTE. Lib. V. Tit. III. *De hereditatis petitione*, Leg. XXV. §. 11. *Sicut autem ſumtum, quem fecit, deducit, ita ſi facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem, niſi bonæ fidei poſſeſſor eſt : tunc enim, quia quaſi ſuam rem neglexit, nulli querelæ ſubjectus eſt ante petitam hereditatem.* Ibid. Leg. XXXI. §. 3. Mr. LA PLACETTE néanmoins, dans ſon *Traité de la Reſtitution*, Liv. IV. Chap. V. page 257. ajoûte cette reſtriction, *à moins qu'il n'y ait de la faute de l'Acquéreur.* Effectivement cela paroit plus conforme aux principes communs ſur leſquels il raiſonne : mais auſſi on peut voir par-là que ces principes ſont outrez.

§. VIII. (1) Ils ſe fondent, dit notre Auteur, ſur la Loi XXII. *De rei vindicat.* dans le CODE, Lib. III. Tit. XXXII. Voyez Mr. NOODT, *Probab. Jur.* Lib. II. Cap. 7. & *Comm. in* DIG. page 197, *& ſeqq.* Il faut re-

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. III. *De hereditatis petitione*, Leg. XXXVI. §. 5. XXXVIII. XXXIX. & Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. XXVII. §. 5. XXXI. XLVIII. LXV.

que les premiers, lorſqu'ils ſe trouvent encore en nature. (2) Et cette opinion paroît plus conforme à l'Humanité, pourvû qu'on ajoûte en même tems, (b) que le Poſſeſſeur de bonne foi peut déduire toutes les dépenſes qu'il a faites pour cultiver ou entretenir le bien d'autrui, comme auſſi la valeur de ſa peine ou de ſon travail: & que pour éviter de fâcheux procez, celui qui revendique ſon bien ne doit pas arracher juſqu'à une épingle tout le profit qu'avoit fait le Poſſeſſeur de bonne foi. Sur ce pié-là il n'arrivera guéres que celui-ci ait beaucoup à reſtituer des fruits de ſon induſtrie.

Il doit rendre auſſi les fruits conſumez, au cas qu'il en eût conſumé ſans cela tout autant.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. III. *De heredit. petit.* Leg. XXV. §. 8, 9. & Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. LII.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolution. & liberation.* Leg. XLVII. §. 1.

(c) *Sueton.* in ejus Vita, Cap. XVI.

§. IX. 3. Un *Poſſeſſeur de bonne foi eſt tenu de rendre & la choſe même*, (1) *& la valeur des fruits conſumez, s'il y a lieu de croire que ſans cela il en auroit conſumé tout autant de ſemblables* (a); car en ce cas-là il a épargné ſon propre bien (b). Surquoi outre les reſtrictions ajoûtées à la régle précédente, il faut, à mon avis, conſidérer encore ſi le Poſſeſſeur de bonne foi peut ſe dédommager par une action de Garentie contre celui de qui il avoit reçu la choſe à titre onéreux (2); car ſi cela n'eſt pas poſſible, il ne profite nullement du bien d'autrui, qu'il ſe voit obligé de reſtituer ſans avoir le moyen d'en recouvrer la valeur de celui qui le lui avoit remis. Grotius allégue ici l'exemple de (c) *Caligula*, lequel *rendant la Couronne à pluſieurs Princes qui avoient été dépouillez de leurs Etats, leur fit auſſi reſtituer tous les revenus recueillis depuis le tems qu'ils n'en jouïſſoient plus.* Mais peut-être que cet Empereur croyoit que ces Princes avoient été injuſtement dépouillez de leurs Royaumes, (3) & qu'ainſi il héritoit d'un Poſſeſſeur de mauvaiſe foi. Que s'il ne condamnoit pas la conduite de ſon Prédéceſſeur, il pouvoit reſtituer ces revenus par pure générosité, plûtôt que par aucune obligation où il crût être là-deſſus. Quoiqu'il en ſoit, il vaut mieux dire, à mon avis, qu'un Poſſeſſeur de bonne foi n'eſt point obligé de rendre la valeur de ce qu'il a conſumé, lorſqu'il ne peut point avoir ſon recours contre celui de qui il tient la choſe même; car outre qu'en ce cas-là il ne lui reſte aucun profit, il paroît plus dur d'être obligé de rendre la valeur de ce qu'on a conſumé, que de reſtituer une choſe qui eſt encore en nature.

Mais non pas ceux qu'il a négligé de recueillir.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. LXXVIII.

§. X. 4. Un *Poſſeſſeur de bonne foi n'eſt point tenu de rendre la valeur des Fruits* (a) *qu'il a négligé de recueillir, ou de faire venir en nature*; puiſqu'en ce cas-là

marquer pourtant, que ſelon les principes du Droit Romain, le Poſſeſſeur de bonne foi s'approprie les fruits, du moment qu'il les a recueillis, de quelque nature qu'ils ſoient: mais s'ils ſont encore en nature, lorſque le veritable maître reclame ſon bien, l'acquiſition, à cet égard, eſt renduë nulle, comme cela paroit par la Loi XLVIII. du Digeste, Tit. *De Adquir. rer. domin.*

(2) La verité eſt, que le Poſſeſſeur de bonne foi peut retenir les uns & les autres, comme lui appartenant de plein droit, ſelon les principes que nous avons établis ci deſſus, §. 3. *Note* 1. Ainſi, quels que puiſſent être les réglemens des Loix Civiles, je crois qu'à ne conſiderer que le Droit naturel, dans toute cette matiere, la bonne foi produit le même effet en faveur du Poſſeſſeur, que la Proprieté réelle; comme les Juriſconſultes Romains l'établiſſent eux-mêmes pour maxime, ajoûtant ſeulement l'exception des cas où la Loi n'en a pas autrement diſpoſé. *Bona fides tantumdem poſſidenti præſtat, quantum veritas, quoties lex impedimento non eſt.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſ. Reg. Jur.* CXXXVI.

§. IX. (1) Si le Poſſeſſeur de bonne foi peut légitimement garder ſes fruits qui ſe trouvent en nature, & qu'il a déja recueillis, comme je l'ai dit dans la Note précédente, à plus forte raiſon eſt-il diſpenſé de rendre la valeur des Fruits conſumez. Les Interprêtes même du Droit Romain ne conviennent pas que les Loix Civiles obligent à reſtituer en ce dernier cas; quoique l'Auteur cite ici quelques Textes que j'ai renvoyez à la marge, mais qui regardent ſeulement la reſtitution d'un Heredité: En quoi les Juriſconſultes, pour une raiſon particuliere, donnoient plus de droit au demandeur, qu'à ceux qui reclamoient toute autre choſe. Voyez Vinnius ſur les *Inſtitutes*, Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſione*, §. 35. Num. 9, 10. & le Commentaire de Mr. Noodt, page 179, *& ſeqq.*

(2) Ou cette exception eſt mal fondée, ou il faut l'étendre aux autres cas; ce que l'Auteur ne fait point. D'où il paroit que ces déciſions ne ſont pas for bien liées.

(3) Mais voyez ce que j'ai dit ſur Grotius, §. 6. *Note* 2. du Chapitre, que nôtre Auteur ſuit & commente dans celui ci.

il n'a ni la choſe même, ni rien qui en tienne lieu. (1) D'ailleurs, on eſt aſſez puni par ſa propre négligence quand on manque à tirer tout le profit qui peut revenir d'une choſe qui nous appartient, ou que l'on croit nous appartenir.

En quel ſens il n'eſt pas tenu de rendre une choſe qu'il a donnée, & qu'il avoit lui-même reçue en préſent.

§. XI. 5. Si *un Poſſeſſeur de bonne foi, ayant reçu la choſe en préſent, l'a enſuite donnée lui-même à quelque autre, il n'eſt point obligé de la rendre, à moins que ſans cela il n'en eût donné une autre de même prix*; (1) car alors il profite en ce qu'il a épargné ſon propre bien. Cette Régle ſemble ſuppoſer, que comme il y a de deux ſortes de Donations, les unes de pure Libéralité, & les autres fondées ſur quelque Devoir, la reſtitution n'ait lieu que par rapport aux dernieres. Car il y a ordinairement lieu de préſumer qu'on ne donne de ſon pur mouvement que ce que l'on a de reſte; & ainſi en donnant à quelqu'un, lorſque rien ne nous obligeoit de lui donner une choſe qui ſe trouve appartenir à autrui, on n'a guéres compté de rien perdre du ſien. D'autre côté, l'Obligation où entre le Donataire par le bienfait qu'il reçoit, n'eſt pas une choſe ſuſceptible d'eſtimation; & par conſéquent le Donateur, qui s'attend à recevoir la pareille, n'eſt pas regardé pour cela comme plus riche (a). Mais outre cette différence de Donations, il faut voir ſi la choſe donnée ſe trouve encore au pouvoir du ſecond Donataire, ou ſi elle n'y eſt plus. Dans le premier cas, celui à qui elle appartient doit s'adreſſer immédiatement à ce ſecond Donataire, ſans rien demander à l'autre. Dans le derniers cas, il faudra auſſi s'en prendre à celui qui eſt en poſſeſſion de la choſe, ou qui en a tiré du profit. (b) Et le Donataire ne ſera obligé à rien que ſubſidiairement, entant qu'il ſe trouvera avoir profité de ce qu'il n'a plus.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. III. *de heredit. petit.* Leg. XXV. §. 11. & *Ziegl.* ſur *Grotius, ubi ſuprà*, §. 7.

(b) Voyez *Struvius*, Exercit. XI. §. 13.

Ou une choſe qu'il a vendue, après l'avoir lui-même achetée, ou reçuë en préſent.

§. XII. 6. Si *un Poſſeſſeur de bonne foi ayant acquis la choſe à titre onereux, l'a depuis alienée de quelque maniere que ce ſoit, il ne doit rendre* (1) *que le gain qu'il a fait par-là.* En effet, on ne gagne rien lorſque l'on reçoit autant que l'on donne, puiſqu'en ce cas-là c'eſt comme ſi l'on recouvroit ſimplement ſon propre bien. On ne peut pas dire non-plus, que la (2) valeur reçue tienne lieu du bien d'autrui; à moins que venant à ſçavoir que la choſe ne nous appartenoit pas véritablement, on ne s'en ſoit défait tout exprès. *Mais ſi le poſſeſſeur de bonne foi a vendu une choſe qu'il tenoit de la pure liberalité d'un autre, il ne doit en reſtituer la valeur que quand le veritable Maître ne peut pas trouver moyen de ſe faire rendre la choſe même à celui qui en eſt en poſſeſſion; & en ce cas-là même, ſi l'argent provenu de la Vente a été employé à des dépenſes que le Vendeur n'auroit pas faites ſans cette aubaine, il eſt*

§. X. (1) Mais ſi le Poſſeſſeur de bonne foi n'a pas eu comme tel, le même Droit que le veritable Proprietaire, il reſtera toûjours ici quelque prétexte à lui faire rendre compte de ſa négligence; ſurtout lorſqu'il tiendra la choſe d'un Inconnu, à l'égard duquel il n'aura eu aucun moyen d'être perſuadé, par des raiſons plauſibles, qu'il le poſſedât à juſte titre. Car en ce cas-là on peut avoir du moins un ſoupçon vague, qui, quoiqu'il laiſſe la bonne foi en ſon entier, devroit ſelon les principes communs, rendre l'Acquereur ſoigneux de mettre à profit la choſe acquiſe, au cas qu'elle ſe trouvât appartenir à quelque autre, des intérêts duquel on ne pourroit pas diſpoſer comme des ſiens propres.

§. XI. (1) Il eſt vrai qu'il profite: mais il n'eſt pas moins vrai, que comme il a pû recevoir le préſent & ſe l'approprier, il a eu auſſi droit de s'en défaire de la maniere qu'il jugeroit à propos; ainſi ce qu'il gagne en épargnant ſon propre bien, lui eſt légitimement acquis, & par conſequent toutes les diſtinctions que l'Auteur fait enſuite ſont auſſi ſuperfluës que difficiles à appliquer, ou plûtôt impraticables.

§. XII. (1) De tout ce que j'ai dit dans les Notes précédentes, il s'enſuit que le Poſſeſſeur de bonne foi ne doit rendre ni la valeur de la choſe, ni le gain qu'il peut avoir fait en l'alienant, ſoit qu'il l'eût achetée ou reçuë en pur don. Ainſi les diſtinctions de l'Auteur ſont encore ici fort inutiles.

(2) C'eſt pourtant ce que ſoûtient Mr. La Placette, & dans cette ſuppoſition il dit, que *comme on convient qu'il faudroit rendre la choſe ſi elle exiſtoit, il eſt perſuadé qu'on ne peut retenir juſtement le prix qui en eſt provenu.* Traité de la Reſtitution, *Liv.* IV. *Chap.* V. *page* 259. Voilà où ménent les principes outrez, quand on s'y eſt engagé.

*diſpenſé de toute reſtitution.* Du reſte, le dernier Poſſeſſeur eſt celui à qui il faut s'en prendre ordinairement (3).

En quel cas le Poſſeſſeur de bonne foi peut redemander ce qu'il a debourſé ?

§. XIII. 7. Un *Poſſeſſeur de bonne foi doit rendre même ce qu'il a acquis à titre onéreux, ſans pouvoir redemander ce qu'il a débourſé, au veritable Maître de la choſe, mais ſeulement à celui de qui il la tient.* (a) En effet, le droit de revendiquer ſon bien s'en iroit en fumée, (1) s'il falloit rendre au Poſſeſſeur ce qu'il a donné. Et comme on a pû ſoupçonner que celui de qui l'on a acquis une choſe n'en fût pas le veritable Proprietaire, il falloit ſe bien précautionner, & exiger des aſſurances particulieres pour la garantie, quoique tout Vendeur y ſoit naturellement obligé. Mais il y a ici une exception à ajoûter; c'eſt que ſi le veritable Maître ne pouvoit vraiſemblablement recouvrer ſon bien ſans quelque dépenſe, comme par exemple, ſi la choſe étoit entre les mains des Voleurs ou des Corſaires; on peut alors retenir ce qu'il auroit volontiers donné pour la ravoir. Car la ſimple poſſeſſion de fait eſt ſuſceptible d'eſtimation, ſurtout lorſqu'il eſt difficile d'arracher la choſe à celui qui la poſſede; & depuis que le Proprietaire l'a une fois perdue, s'il vient à la recouvrer, il en eſt cenſé plus riche qu'auparavant. De là vient que (2) l'on promet ordinairement quelque récompenſe à quiconque aura trouvé ce que l'on a perdu (b), & voudra bien nous le rendre. Par la même raiſon au lieu qu'ordinairement l'Achat que l'on fait de ſon propre bien eſt nul, les Juriſconſultes Romains diſent qu'il eſt valide (3), lorſque la choſe ſe trouvant entre les mains d'un autre, l'on promet de don-

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. III. Leg. XXII. XXV. *princ.* & §. 1. & Lib. XVIII. Tit. I. *de contrahenda emptione*, &c. Leg. XVI. & Lib. XXI. Tit. II. *de evictionib.* &c. Leg. I. & Lib. XIV. Tit. II. *Ad Leg. Rhod. de jactu*, Leg. II. §. 3. & *Cod.* Lib. III. Tit. XXXII. *de rei vindicat.* Leg. III. & XXIII. & Lib. VIII. Tit. XLV. *de evictionibus*, Leg. XVI. & Lib. VI. Tit. II. *de furtis*, Leg. II.

(b) Voyez *Moſchus*, Idyll. I. imitée par *Apulée*, Metam Lib. VI. pag. 176. *Edit. Elmenhorſt.*

(3) Grotius cite ici ici une déciſion des Juriſconſultes Romains, qui ſoûtiennent, que ſi un Voleur a vendu ce qu'il a derobé, & que le Maitre de la choſe lui prenne par force l'argent qu'il en a reçu: c'eſt un vol que celui-ci fait à ſon tour, parce, diſent-ils, qu'il y a grande difference entre la choſe dérobée, & l'argent que le Voleur en a retire en la vendant. *Quod enim ex re furtiva redigitur, furtivum non eſſe nemini dubium eſt.* Digest. *Lib.* XLVIII. Tit. II. *De furtis*, Leg. XLVIII. §. 7. Là deſſus notre Auteur remarquoit, que cette Loi ne regarde proprement que les Citoyens d'un même Etat. Car dans l'independance de l'Etat de Nature, on peut reprendre par force la valeur de la choſe dérobée, auſſi-bien que la choſe même. Mais c'eſt ce que Grotius ne nie point, & il veut ſeulement tirer du principe ſur lequel eſt fondée cette déciſion des Juriſconſultes, une conſequence par rapport au ſujet dont il s'agit. Voyez Ma Note ſur cet endroit.

§. XIII. (1) Il ſuffit que le Proprietaire puiſſe toûjours ſe faire rendre la choſe même en eſpece à quiconque en eſt en poſſeſſion de bonne foi. On eſt quelquefois ravi de recouvrer ſon bien, encore qu'il en coûte beaucoup, ſoit parceque la choſe eſt rare, ou qu'on en ait grand beſoin, ou que l'on trouvoit un plaiſir ſingulier dans ſa poſſeſſion. D'ailleurs, ou l'on ne ſçavoit pas que la choſe nous appartint, & en ce cas-là on compte ou l'on doit compter pour gagné tout le profit qui peut revenir de ſa reſtitution; ou l'on ne ſçavoit ce qu'elle étoit devenuë, & alors on avoit lieu de la tenir ou pour entierement perduë, ou pour très-difficile à recouvrer; deſorte qu'on doit être bien aiſe de la ravoir en rendant même au Poſſeſſeur de bonne foi ce qu'il a donné. Que ſi l'on croit la racheter trop cher à ce prix-là, & qu'on aime autant la laiſſer au Poſſeſſeur de bonne foi, ce n'eſt pas la faute de celui-ci, & il n'y a aucune raiſon pourquoi il doive perdre ſon argent, plûtôt que l'autre ſon bien. Il devoit, dites-vous, bien prendre ſes précautions. Mais nous ſuppoſons qu'il a pris toutes celles qu'il devoit & qu'il pouvoit prendre. La néceſſité & la nature du Commerce de la Vie ne permet pas le plus ſouvent d'avoir une entiere certitude que celui de qui l'on achete, par exemple, ou l'on reçoit en gage une choſe, en ſoit legitime Proprietaire, ou puiſſe contracter avec nous validement là-deſſus; moins encore d'exiger des ſuretez particulieres, & de les faire valoir en cas d'éviction. Voyez ci-deſſus, §. 3. *Note* 1. Sur toute cette matiere j'accorde, ce me ſemble, autant que l'Equité Naturelle le demande, les droits & les intérêts du Proprietaire, & ceux du Poſſeſſeur de bonne foi. Je laiſſe au Proprietaire plein-pouvoir de redemander ſon bien, dont il n'a pas encore été dépouillé par preſcription; & je mets le Poſſeſſeur de bonne foi à couvert d'une perte que ſa bonne foi même le diſpenſe de ſouffrir, & dont le Proprietaire n'a aucune raiſon de prétendre le charger. Mr. Gundling, qui a voulu me refuter (dans ſon *Jus Natur. & Gent.* 2. Edit. Cap. XX. §. 102) ne détruit nullement les fondemens de mes principes, & il n'allegue que de foibles objections, comme celle-ci, *qu'il eſt contradictoire qu'un Proprietaire achéte ſon bien comme ſi c'étoit une choſe appartenante à autrui.* Mais il n'y a point ici d'*achat*, qui puiſſe être proprement ainſi appellé. Le Proprietaire ne fait que dédommager le Poſſeſſeur de bonne foi d'une perte qu'il feroit, & qu'il n'eſt point obligé de ſouffrir. *La Verité*, ajoûte Mr. Gundling, *doit avoir plus de force que l'opinion.* C'eſt-là ſuppoſer viſiblement ce qui eſt en queſtion. J'en dis autant de ce que Mr. Otto avance dans ſes Notes ſur l'abregé *de Officio Hom. & Civ.* Lib. I. Cap. 13.

(2) Voyez les Interprétes ſur Petrone, Cap. 97. *Edit. Burmann.* & Jul. Pauli *Recept. Sentent.* Lib. II. Tit. XXXI. *num.* 24. avec la Note de Cujas.

(3) *Rei ſuæ emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut poſſeſſionem emat, quam forte venditor habuit, & in*

ner tant pour la poſſeſſion. Mais ſi quelqu'un a acheté une choſe à deſſein de la rendre à ſon Maître, ne pourra-t-il pas lui redemander l'argent qu'il a débourſé? Il y en a qui le nient, & ils ſe fondent ſur ce que cette proteſtation du but que l'on a eu en achetant la choſe, ne ſauroit diminuer le droit du Proprietaire (c). Mais ſi l'Acheteur a eu tout lieu de croire que le Proprietaire ne pourroit pas autrement recouvrer ſon bien ſans beaucoup de peine, & que l'argent qu'il a donné n'aille pas au-delà de ce que peut ſe monter la veleurde cette poſſeſſion de fait: je ne doute pas que le Proprietaire ne doive le lui rembourſer. De ſçavoir maintenant ſi en ce cas-là l'Acheteur a *action* (4) *pour Geſtion d'affaires* contre le Proprietaire à qui il a rendu ſervice; c'eſt une queſtion dont l'examen appartient aux Interprêtes du Droit Romain. GROTIUS ne veut rien décider là-deſſus, parceque cette action venant du Droit Civil, n'eſt fondée ſelon lui, ſur aucun principe des Obligations Naturelles. Mais quoiqu'il n'y ait rien dans le Droit Naturel par où l'on puiſſe ou l'on doive rechercher & déterminer à quelle eſpace d'action civile du Droit Romain ce cas peut ou doit être rapporté; on ne ſauroit néanmoins nier que l'*action pour Geſtion d'affaires*, conſidérée en elle-même, n'ait ſon fondement dans l'Equité Naturelle & dans une Convention (5) tacite. Car en vertu dequoi prétendroit-on, que pour nous faire plaiſir une perſonne nous eût ſauvé ou amelioré nôtre bien, ſans qu'on fût obligé de lui rembourſer ce qu'elle a fourni pour cet effet (d)? Le plus court eſt donc de dire, que l'Acheteur dont il s'agit, & en général toute perſonne qui a fait les affaires d'une autre à ſon inſçu, peut retenir comme en gage la choſe qu'il a recouvrée par ſes ſoins ou à ſes dépens, juſqu'à ce que celui à qui elle appartient l'ait ſatisfait. Si pourtant il ne reſte aucun effet réel & ſenſible des ſoins qu'on a pris pour les affaires d'une autre, & qu'il refuſe inhumainement de nous dédommager; on ne peut point, à mon avis, pourſuivre alors ſon droit de la même maniere qu'on pourſuit celui qui vient d'un Contract; mais il faut ſe contenter de regarder avec horreur un tel homme, comme un ingrat qui ne mérite pas qu'on lui rende aucun ſervice (6). Le Droit Romain a reconnu la juſtice de la reſtitution en pluſieurs (e) cas ſemblables; & après tout, en matiere de ces ſortes de choſes généralement, il faut toûjours avoir devant les yeux cette maxime d'un Ancien, que *le Droit pouſſé à la rigueur eſt ſouvent une tres-grande chicane* (7).

(c) Voyez *Digeſt.* Lib. L. Tit. XVII. *de diverſ. reg. Juris.* Leg. XI.

(d) Voyez *Ziegler* ſur *Grotius*, *ubi ſuprà*, §. 9.

(e) Voyez *Digeſt.* Lib. XI. Tit. VII. *de religioſis*, &c. Leg. XIV. §. 13. Lib. III. Tit. V. *de negot. geſt.* Leg. VI. §. 3. *de Leg. Rhod.* Lib. XIV. Tit. II. Leg. I.

Si l'on peut, pour ravoir ſon argent, faire reprendre au Vendeur une choſe qui ſe trouve appartenir à autrui?

§. XIV. 8. SELON GROTIUS, *celui qui a acheté une choſe qui ſe trouve appartenir à autrui, ne peut point la faire reprendre au Vendeur pour ratrapper ſon argent*; parce, dit-il, que du moment qu'il a eu entre les mains le bien d'autrui, il eſt entré dans l'Obligation de reſtituer. Mais je ne ſuis point de ce ſentiment; car on

*judicio poſſeſſionis porior eſſet.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda emptione*, &c. Leg. XXXIV. §. 4. Dans ce cas, comme on voit, le vendeur même étoit en poſſeſſion de la choſe, & enſorte qu'à cet égard il pouvoit l'emporter ſur le Proprietaire même, ſelon les procedures judiciaires du Droit Romain. Voyez CUJAS, *Recit. in* PAUL. *ad Edict.* page 536. Tome V. Opp. *Edit. Fabrott.* & ANTOINE FAURE, *Rational.* Tome V. page 265.

(4) *Actio negotiorum geſtorum.* C'eſt lorſqu'on a fait les affaires de quelqu'un à ſon inſçu, & ſans une commiſſion ou un ordre exprès de ſa part. Voyez DIGEST. Lib. III. Tit. V. *De negotiis geſtis*, & ci-deſſous, Liv. V. Chap. IV. §. 1.

(5) Cette Convention tacite, ou plûtôt feinte, n'eſt nullement néceſſaire. Il ſuffit de dire, que ſi l'on ne rembourſoit pas & ſi on ne récompenſoit pas celui qui s'eſt employé à nos affaires de ſon pur mouvement, on lui cauſeroit du dommage; ce qui eſt défendu par le Droit Naturel. TITIUS, *Obſ. in Lauterbach.* XCVI. Voyez ci-deſſus, §. 5. *Note* 11. & ce que j'ai dit ſur le paragraphe même de GROTIUS, *Note* 6.

(6) Notre Auteur citoit ici I. SAMUEL, XXV. 7, 15, 21. en remarquant néanmoins, que *David* voulut ſe vanger principalement des parolcs injurieuſes dont *Nabal* s'étoit ſervi en lui refuſant un ſervice qu'il lui avoit envoyé demander par ſes gens.

(7) ——— *Verum illud Chreme,*
*Dicunt, jus ſummum ſæpe ſumma eſt malitia.*
TERENT. *Heautont.* Acte IV. Scen. IV. v. 47, 48.

n'eſt nullement obligé d'acheter une choſe que l'on ſçait n'appartenir point au Vendeur, pour perdre ſon argent en la faiſant retourner à ſon veritable Maître. Si donc on vient à découvrir qu'elle n'appartient point au Vendeur, & que l'on ne veuille pas courir riſque de la voir revendiquer entre nos mains; pourquoi ne pourroit-on pas ſe dédire, (1) lorſqu'on eſt encore à tems de rompre le Contract, pour ne pas s'expoſer de gayeté de cœur aux embarras d'un procès, & au danger de ne pas être rembourſé de ſon argent? Tout ce à quoi l'on eſt tenu, c'eſt d'indiquer au Proprietaire la perſonne entre les mains de qui ſe trouve ſon bien, afin qu'il le réclame, s'il veut (a).

(a) Voyez *Caſp. Ziegler ad Grot. ubi ſuprà* §. 10.

Celui qui a entre les mains un bien d'autrui dont on ne connoît pas le maître, peut le retenir légitimement.

§. XV. 9. Celui *qui poſſede de bonne foi une choſe dont on ne connoît pas le Maître, n'eſt point tenu, par le Droit Naturel, de la donner aux Pauvres*, quoiqu'on puiſſe établir cela pour loi dans une Societé Civile. La raiſon en eſt, qu'il n'y a que le Proprietaire qui ait droit de demander une choſe comme ſienne. Or tant que le Proprietaire ne paroît point, c'eſt comme s'il n'exiſtoit point du tout; ainſi il n'y a perſonne à qui une telle choſe appartienne plus naturellement qu'à celui qui en eſt poſſeſſeur de bonne foi.

§. XVI. 10. Pour ce que Grotius ajoûte, ſçavoir que *ſi l'on a reçu quelque choſe à titre deshonnête ou pour une choſe honnête en elle-même, mais que l'on étoit obligé de faire gratuïtement*, (1) *on n'eſt point tenu par le Droit Naturel, à reſtituer:* j'admets cela, ſuppoſé que l'on fonde l'obligation de reſtituer uniquement ſur la Proprieté conſiderée en elle-même; car à cet égard on n'eſt point obligé de reſtituer ce que l'on a acquis du conſentement de l'ancien Maître. Que s'il y a eu quelque vice dans la maniere dont on s'y eſt pris pour porter le Proprietaire à ſe défaire de ſon bien, comme lorſqu'on a extorqué ſon conſentement; on doit alors reſtituer, mais par une autre raiſon. Et ſous l'*extorſion*, il faut ici comprendre les voyes obliques d'attrapper de l'argent ſans uſer d'une violence ouverte, comme quand un Juge ne veut point faire juſtice à une Partie, qu'elle ne lui ait donné quelque choſe auparavant (2).

§. XIV. (1) Mais il ne s'agit point ici d'un Contract de Vente dont l'execution ne ſe ſoit pas encore enſuivie: car perſonne, je penſe, ne s'imaginera qu'en ce cas-là on doive aller compter l'argent, & retirer la choſe venduë, afin de la faire recouvrer à ſon veritable Maître. Il ſemble que l'Auteur ait voulu ici laiſſer deviner ſa penſée, & qu'elle conſiſte dans une conſéquence tacite de ce qu'il établit formellement; comme s'il diſoit: On n'eſt pas obligé de tenir l'achat quand on découvre que la marchandiſe n'appartient pas au Vendeur; donc on peut auſſi tâcher de le faire rompre, lorſqu'on a déja payé le prix convenu & reçu la marchandiſe. Ce n'eſt pourtant pas tout-à-fait la même choſe, ſurtout ſi l'on raiſonne ſur les principes de l'Auteur même. Il vaut mieux, comme fait le Commentateur de Grotius, cité à la marge, appliquer ici le Proverbe, que *Charité bien ordonnée commence par ſoi-même*; & ce que j'ai dit des droits du Poſſeſſeur de bonne foi met la choſe hors de doute. La Loi, que notre Auteur citoit ici, ne fait rien au ſujet, Digest. Lib. VI. Tit. I. *De rei vindicat.* Leg. XVII. *princ.* comme on le verra d'abord ſi on y jette les yeux. Car il s'agit d'un homme qui ayant acheté un Eſclave, le revend, non à celui-là même qui le lui avoit vendu, mais à un tiers, & cela depuis que le veritable Maître l'avoit appellé en Juſtice pour reclamer ſon homme. Voyez ſur cette Loi Cujas, *Recit. in* Digest. Tome VII. Opp. *page* 284. *& ſeqq.*

§. XVI. (1) Voyez ce que j'ai dit ci-deſſus, Liv. III. Chap. VII. §. 6. *Note* 2.

(2) Notre Auteur citoit ici I. Samuel, XII. 3, 4. où, dit-il, *Samuel* ne veut point s'attribuer une ſainteté toute particuliere, mais proteſter ſeulement qu'il s'eſt acquitté religieuſement du Devoir commun & indiſpenſable de toute perſonne qui fait l'office de Juge; & qu'ainſi ce n'eſt pas pour avoir mérité d'être deſtitué de cette Charge, qu'il cede le gouvernement du Peuple d'Iſraël au Roi qu'ils alloient avoir. Voyez là-deſſus le Commentaire de Mr. Le Clerc, & conferez ce qui a été dit ci-deſſus, *Liv.* III. *Chap.* VII. §. 9.

*Fin du Quatriéme Livre.*

# LE DROIT DE LA NATURE ET DES GENS.

## LIVRE CINQUIÉME,

Où il eſt traité du Prix des choſes ; des Contracts ; des différentes manieres dont on eſt dégagé d'une Obligation ; de l'Interprétation des Conventions & des Loix ; & de la maniere de vuider les différends dans l'Etat de Nature.

## CHAPITRE PREMIER.

### *Du* PRIX *des choſes.*

### §. PREMIER.

COMME tout ce qui entre en Proprieté n'eſt ni de même nature, ni d'un même uſage, & qu'il arrive ſouvent, ou que pluſieurs perſonnes acquierent en commun un Tout dont les parties ne ſont pas égales ni ſemblables à tous égards, ou que l'on veut ſe transférer mutuellement des biens de différente nature (1) : il falloit que les Hommes attachaſſent par quelque Convention aux choſes qui entrent en commerce, une certaine idée à la faveur de laquelle on pût les comparer enſemble, & les réduire à une juſte égalité. Or rien n'eſt comparé ou égalé que par le moyen de quelque *Quantité* ou quelque étendue ; l'égalité n'étant autre choſe que le rapport d'une même

Il falloit qu'il y eût quelque meſure pour comparer enſemble les choſes qui entrent en Proprieté.

§. I. (1) Le Commerce eſt une ſuite de la Proprieté des biens, & le Prix une ſuite du Commerce, ou une choſe abſolument neceſſaire pour s'accommoder les uns les autres par une eſpece d'*échange*, à quoi ſe réduit tout Commerce en general. Ainſi les Juriſconſultes Romains ont raiſon de rapporter l'établiſſement du Commerce au *Droit des Gens*, entendu de la maniere que je l'ai expliqué ailleurs, Liv. II. Chap. III. §. 23. Note 3. *Ex hoc jure gentium .... dominia diſtincta, agris termini poſiti ; ædificia collocata ; commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes inſtitutæ ; exceptis quibuſdam, quæ [à] jure civili introductæ ſunt.* DIGEST. Lib. I. Tit. I. *De Juſtitia & Jure*, Leg. V. Mr. THOMASIUS ſoûtient néanmoins que le Commerce n'eſt du Droit des Gens, qu'à prendre ce Droit pour les coûtumes generales qui viennent des mœurs corrompuës du Genre Humain, & qui ſont établies par une Raiſon corrompuë ; puiſque la neceſſité, la diverſité & la multiplication des Commerces eſt un fruit des Vices & de leur accroiſſement. Voyez la Diſſertation *de Jure Statuum Imperii dandæ civitatis*, §. 14. & celle *de Pretio affectionionis in res fungibiles non cadente*, Cap. I. §. 5. toutes deux imprimées à *Hall en Saxe.* Mais cela regarde une autre queſtion, qui eſt du reſſort de la Théologie plûtôt que de la Juriſprudence, (voyez ci-deſſus Liv. I.

Quantité. Nous avons donc maintenant à traiter de la *Quantité des Choſes & des Actions*, entant qu'elles ont leur uſage dans le Commerce de la Vie ; & pour cet effet il faut d'abord rechercher ici les fondemens & la meſure commune de cette eſpece d'étendue.

Ce que c'eſt que la *Quantité Morale des choſes*, & *des Actions.*

§. II. On compare ordinairement les choſes les unes avec les autres, non ſeulement à l'égard des trois dimenſions, ſçavoir la longueur, la largeur, & la profondeur ; mais encore par rapport à une autre ſorte d'étendue toute différente. Lorſqu'on dit, par exemple, que deux Dignitez ou deux Marchandiſes ſont égales ou inégales, & qu'un Travail eſt égal ou inégal à quelque autre, ce n'eſt point parcequ'on y trouve les mêmes dimenſions. Il faut donc néceſſairement reconnoître une ſorte particuliere de *Quantité*, diſtincte de la *Quantité Phyſique*, & de la *Quantité Mathématique*, qui ſont les ſeules auſquelles les Philoſophes ſemblent avoir penſé juſqu'ici. Cela paroîtra plus clairement, ſi l'on fait réfléxion que l'eſſence de la Quantité en général ne conſiſte pas dans l'étendue de la ſubſtance des choſes, mais dans l'eſtimation & la meſure dont elles ſont ſuſceptibles : je veux dire, que la raiſon préciſe pourquoi l'on attribue quelque Quantité aux choſes, c'eſt qu'on peut les meſurer ou les eſtimer, & par conſéquent les comparer les unes avec les autres, pour ſçavoir ſi elles ſont égales ou inégales. Or les choſes étant ſuſceptibles d'eſtimation, non ſeulement par rapport à leur ſubſtance Phyſique, mais encore à l'égard de quelque Relation Morale ; il s'enſuit qu'outre la *Quantité Phyſique*, & la *Quantité Mathématique*, il y a encore une *Quantité* (1) *Morale*, ſelon laquelle on eſtime & l'on meſure les choſes moralement. Ce n'eſt pas que la Quantité Phyſique n'entre dans l'eſtimation des choſes qui ſe trouvent de même nature & de même bonté ; car, tout le reſte d'ailleurs égal, un gros Diamant, par exemple, vaut beaucoup plus qu'un petit. Mais on n'a pas toûjours égard à cela dans l'eſtimation des choſes de différente eſpece & de différente qualité. Ainſi un Dogue ne vaut pas toûjours plus qu'un petit Chien, ni une groſſe maſſe de Plomb plus qu'une petite piéce d'Or.

(a) Liv. VIII. Chap. IV.

(b) Liv. I. Chap. VIII. & Liv. VIII. Chap. III. §. 18. *& ſuiv.*

Nous traitons ailleurs de (a) l'eſtimation Morale des Perſonnes, par rapport au rang qu'elles tiennent, & à la conſidération où elles ſont dans le monde ; & de celles des (b) Actions Morales, par rapport à la vertu qu'elles ont de produire quelque *Imputation* ou en bien ou en mal. Il ne s'agit donc ici proprement de la Quantité Morale des Choſes & des Actions, qu'entant qu'elles ſont de quelque uſage dans la Vie, & qu'on les compare enſemble pour les rendre propres à entrer dans le Commerce. C'eſt ce que l'on appelle *Prix* ou *valeur*. Deſorte que le Prix en général eſt *une Quantité Morale, ou une certaine valeur des Choſes & des Actions qui entrent en commerce, ſelon laquelle on les compare les unes avec les autres.*

Combien il y a de ſortes de Prix.

§. III. On peut diviſer le *Prix* en *Prix* (1) *propre ou intrinſéque ; & Prix virtuel ou*

Chap. I. §. 11.) ; & il ſuffit que dans l'etat où ſont les choſes, le Commerce, auſſi-bien que la Proprieté des biens, ſoit néceſſaire entre les Hommes faits comme ils ſont, pour que l'on puiſſe dire que l'établiſſement du Commerce en general eſt très-conforme à la Raiſon la plus pure, & au Droit des Gens ainſi nommé, dans le ſens le plus favorable. L'abus que pluſieurs en font pour nourrir leurs Paſſions particulieres, n'empêche pas que le Commerce en lui-même ne ſoit une choſe très-innocente. Au reſte, comme le Commerce eſt une ſuite & un des plus grands uſages de la Proprieté, il faut prendre garde de ne pas étendre ſi loin les droits de la Proprieté, qu'ils nuiſent conſidérablement aux droits du Commerce. Nous avons vû l'uſage de cette remarque dans les deux derniers Chapitres du Livre précédent, & peut-être qu'elle nous ſervira encore ailleurs à décider pluſieurs cas mieux qu'on ne fait ordinairement.

§. II. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. I. §. 22.

§. III. (1) L'auteur dit, *Pretium vulgare.* Mais ſi j'avois traduit, *Prix vulgaire*, ou *Prix commun*, on auroit confondu cette ſorte de Prix avec celui dont il traite

*ou éminent*. Le premier, c'eſt celui que l'on conçoit dans les *Choſes* mêmes ou dans les *Actions* qui entrent en commerce, ſelon qu'elles ſont plus ou moins capables de ſervir à nos beſoins, ou à nos commoditez & à nos plaiſirs. L'autre, c'eſt celui qui eſt attaché à la *Monnoye*, & à tout ce qui en tient lieu, entant qu'elle renferme virtuellement la valeur de toutes ces ſortes de Choſes ou d'Actions, & qu'elle ſert de régle commune pour comparer & ajuſter enſemble la varieté infinie des degrez d'eſtimation dont elles ſont ſuſceptibles.

Quel eſt le fondement du *Prix propre ou intrinſeque ?*

§. IV. Pour bien comprendre la nature du *Prix propre ou intrinſeque*, il faut d'abord rechercher avec ſoin les fondemens de cette ſorte de Prix conſidérée en lui-même, & enſuite la raiſon pourquoi il hauſſe ou il baiſſe.

Le *fondement du Prix propre ou intrinſeque*, conſidéré en lui-même, c'eſt (1) l'aptitude qu'ont les Choſes ou les Actions à ſervir, ſoit médiatement, ſoit immédiatement, aux beſoins, aux commoditez, ou aux plaiſirs de la Vie. D'où vient que dans le langage ordinaire, tout ce qui n'eſt d'aucun uſage eſt dit *de nul* (a) *prix*; & en parlant des Perſonnes, on donne le titre de *Vaûrien* à ces poids inutiles de la Terre, qui ne ſont bons que pour manger & pour boire.

(a) Voyez *Phædr.* Lib. III. Fabul. XII. verſ. 4, 6.

Selon Grotius (b), *la meſure la plus naturelle de la valeur de chaque choſe, c'eſt le beſoin qu'on en a.* Si par-là on entend, que le fondement du Prix conſidéré en lui-même eſt le beſoin, ou que la raiſon pourquoi on eſtime & l'on apprécie une choſe, c'eſt uniquement qu'on en a beſoin, cela n'eſt pas vrai généralement; car, ſelon le langage ordinaire, on n'*a beſoin* (c) que de ce dont on ne peut ſe paſſer ſans une grande incommodité. Or il y a bien des choſes qui ne ſervent qu'à procurer un plaiſir ſuperflu, auſquelles néanmoins la ſenſualité & le luxe des Hommes attachent ſouvent un fort haut Prix. Que ſi le ſens de cette propoſition eſt, que le beſoin qu'a l'Acheteur de la choſe qu'il marchande en fait rehauſſer le Prix, j'avoue que cela ſe pratique ainſi pour l'ordinaire; mais on ne ſauroit raiſonnablement accorder, que ce ſoit là la régle naturelle du Prix, enſorte que plus une perſonne a beſoin d'une choſe, plus on puiſſe légitimement la lui faire payer cher. Le paſſage d'Ariſtote, que Grotius allégue, n'eſt pas bien appliqué; car ce *beſoin* (2), *qui ſert*

(b) Liv. II. Chap. XII. §. 14. num. 1.

(c) Voyez *Matth.* IX, 12.

traite au §. 9. *Pretium commune*, c'eſt-à-dire, le Genre avec l'Eſpece. D'ailleurs, les termes de *propre & intrinſeque* expriment beaucoup mieux par eux-mêmes l'idée que l'Auteur attache ici au mot *vulgare*, comme chacun le ſentira aiſément.

§. IV. (1) C'eſt bien là une des raiſons generales; car ce qui ne ſert de rien, paſſe ordinairement pour n'être d'aucune valeur. Mais d'où vient donc que l'*Eau*, & quelques autres choſes fort utiles à la Vie, ne ſont point miſes à prix, comme l'Auteur lui-même le dit plus bas? Il faut donc ajoûter ici une autre raiſon, je veux dire, que les choſes ſuſceptibles de Prix doivent être non ſeulement *de quelque uſage*, ſinon véritablement, du moins ſelon l'opinion & la paſſion des gens; mais encore de telle nature, qu'*elles ne ſuffiſent pas aux beſoins de tout le monde*. Deſorte que, plus une choſe eſt *utile*, ou *rare* en ce ſens-là, & plus ſon *Prix propre & intrinſeque* hauſſe ou baiſſe, Platon poſe ce principe: Τὸ γὰρ σπάνιον, ὦ Εὐθύδημε, τίμιον· τὸ δὲ ὕδωρ εὐωνότατον, ἄριστον ὄν, ὡς ἔφη Πίνδαρος. C'eſt-à-dire, comme le traduit très-bien Maucroix: „ Vous ſçavez que la rareté met le „ prix aux choſes. L'eau, comme dit Pindare, eſt „ excellente: mais, pour être trop commune, elle „ n'eſt point eſtimée. *Euthydem.* page 304. B. Tome I. *Edit. H. Steph.* Notre Auteur citoit ce paſſage plus bas, §. 6. Si la mode d'une choſe paſſe, ou que peu de gens en faſſent cas, dès-lors elle devient à bon marché, quelque chere qu'elle ait été auparavant. Qu'une choſe commune au contraire, & qui ne coûte que peu ou rien, devienne un peu rare, il n'en faut pas davantage pour la faire mettre à prix, & quelquefois pour la faire payer bien cher; comme cela paroît par l'exemple même de l'*Eau*, dans les lieux arides, ou en certains tems, pendant un Siége, par exemple, &c. C'eſt par ce principe qu'il faut expliquer & rectifier tout ce que dit notre Auteur ſur le fondement du prix en general. Voyez Titii *Obſerv. in Pufend.* CCCXXXI. & *in Lauterbach.* Obſ. DIII. comme auſſi la *Juriſprud. Divina* de Mr. Thomasius, Lib. II, Cap. XI. §. 33. *& ſeqq.* & ſa Diſſert. *de Pretio affectionis*, Cap. I. §. 10. *& ſeqq.* à quoi on peut joindre le Traité Anglois de feu Mr. Locke, intitulé, *Conſidérations ſur la diminution de l'intérêt, & le rehauſſement de la valeur des eſpeces de Monnoye*, page 20. *& ſuiv.* Tome III. de ſes Oeuvres, Edit. de 1714.

(2) Δεῖ ἄρα ἑνί τινι πάντα μετρεῖσθαι . . . τοῦτο

*ſert de régle & de meſure commune*, n'eſt pas l'unique fondement du Prix, mais ſeulement des Echanges, ou du Commerce; puiſque, ſi perſonne n'avoit beſoin de rien, ou ſi l'on n'avoit pas plus beſoin des choſes qui appartiennent à autrui, que des ſiennes propres, on garderoit celles-ci, & l'on en joüiroit, ſans chercher à acquérir aucune des autres, comme ce (3) Philoſophe s'en explique formellement.

Il y a bien des choſes utiles, auſquelles on n'a attaché aucun Prix.

§. V. MAIS il faut remarquer qu'il y a des Choſes très-utiles à la Vie, auſquelles on n'a pourtant attaché aucun Prix, ſoit parcequ'elles ſont & doivent être communs; ſoit parcequ'elles ne peuvent point entrer en commerce; ſoit parceque, quelque jointes qu'elles ſoient à d'autres qui entrent en commerce, elles n'en ſont jamais regardées que comme des dépendances inſéparables. Ainſi *la haute région de l'Air*, le *Ciel*, & *les Corps Céleſtes*, comme auſſi *le vaſte Océan*, n'étant point ſuſceptibles de Proprieté, on ne ſauroit légitimement les mettre à prix, quoiqu'il en revienne une grande utilité à la Vie Humaine. Les Loix Romaines, en défendant le commerce (1) des *Choſes Sacrées*, & des *Sépulchres* qui étoient regardez comme appartenans d'une façon particuliere à la (2) *Religion*; les rendoient par-là incapables de recevoir aucun Prix, quoique pluſieurs de ces choſes ſoient de telle nature, qu'il ne leur manque rien, à les conſidérer en elles-mêmes, de ce qui eſt néceſſaire pour une juſte évaluation. Les *Perſonnes Libres* ne ſont non-plus ſuſceptibles d'aucun Prix: car il implique contradiction de dire qu'on eſt Libre, & qu'on entre néanmoins en commerce, puiſque dès-là qu'on eſt ſujet à être vendu, on n'eſt plus Libre. C'eſt en partie pour cette raiſon que l'on appelle la Liberté, (3) *un bien ineſtimable*, & non pas ſeulement à cauſe que la douceur en eſt ſi grande, & les avantages ſi conſidérables, qu'il ne ſemble pas que rien au monde puiſſe les égaler. Il y a auſſi bien des choſes qui, parcequ'on ne peut les poſſéder ſéparément, ne ſont point miſes à prix en elles-mêmes, quoique d'ailleurs elles augmentent conſidérablement la valeur de celles dont elles ſont un acceſſoire; comme d'autre côté, leur défaut ou leur mauvaiſe conſtitution le diminue beaucoup. (4) Tel eſt un beau Soleil, par exemple, un Air pur, une Vûë agréable, le Vent, l'Ombre (a), & autres choſes ſemblables, dont on ne ſauroit joüir ſans les parties de la Terre qu'elles accompagnent toûjours, & qui à cauſe de cela n'ont point de valeur propre, quoique, comme chacun ſçait, elles entrent pour beaucoup dans l'eſtimation des Païs, des Fonds & des Héritages. En *Hollande* même on exige un

(a) Voyez *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. XII. Cap. I. au ſujet de l'ombre du *Plâne*. Paſſage rapporté ci-deſſus, Liv. IV. Ch. V. §. 2. *Note* 2.

δι' ἐςι τῇ μὲν ἀληθείᾳ ἡ χρεία, ἣ πάντα συνέχει. *Ethic. Nicomach.* Lib. V. Cap. VIII. pag. 65. B. *Edit. Pariſ.*

(3) Δηλοῖ ὅτι ἂν μὴ ἐν χρείᾳ ὦσιν ἀλλήλων, ἢ ἀμφότηροι, ἢ ἕτερος, ὐκ ἀλλάττονται. *Ibid.* D. Voyez auſſi *Politic.* Lib. I. Cap. IX.

§. V. (1) Ce privilége accordé aux *Choſes Sacrées*, ſous leſquelles on comprenoit non ſeulement les Temples & les autres choſes deſtinées immédiatement au ſervice de la Divinité, mais encore ce qui étoit néceſſaire pour l'entretien des Prêtres, & les biens qui leur appartenoient; ce privilége, dis-je, doit ſon origine à une fraude pieuſe des Prêtres intéreſſez; & ſous le Chriſtianiſme, les Eccleſiaſtiques ont non ſeulement imité à cet égard les Miniſtres du Paganiſme, mais encore encheri peut-être ſur eux. Voyez la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *De bonorum ſeculariſatorum natura*, §. 2. *& ſeqq.* imprimée à *Hall* en 1707.

(2) *Religioſa res*, c'eſt le nom qui eſt affecté par le Droit Romain aux lieux où l'on avoit enterré quelqu'un. Voyez *Inſtit.* Lib. II. Tit. II. §. 8, 9. & *Digeſt.* Lib. XI. Tit. VII. *De religioſis & ſumptibus funerum*, &c.

(3) *Libertas ineſtimabilis res eſt.* Digeſt Lib. L. Tit. XVII. *De div. Reg. Jur.* Leg. CVI. J'aime mieux rapporter cette Loi, qu'un paſſage de *Philon*, que l'Auteur citoit ici tout du long; mais qui ne regarde que l'eſtimation des perſonnes vouées à Dieu, & que l'on vouloit racheter: eſtimation qui ſe faiſoit ſelon l'âge & le ſexe, ſans aucun égard à la taille, à la beauté, ou autre choſe ſemblable. *De Legib. Specialib.* page 774. *Edit. Paris.* Au reſte, quoique les Perſonnes Libres n'entrent point en commerce, cela n'empêche pas qu'on ne puiſſe, comme le remarque Mr. *Hertius*, mettre à prix les avantages qui en proviennent. Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. I. §. 7, 8. Le droit de gouverner des gens libres eſt auſſi ſuſceptible d'eſtimation, & de nature à être aliené, ſi l'on veut. Voyez *Grotius*, Liv. I. Chap. III. §. 12. & ce que l'Auteur dira ci-deſſous, Liv. VII. Chap. VI. §. 16.

(4) Voyez ci-deſſus, Liv. IV. Chap. V. §. 2.

impôt annuel de ceux qui ont des Moulins à vent, (5) ſous prétexte que le Vent appartient au Public. Et de là il paroît, pour le dire en paſſant, de quelle maniere il auroit fallu décider la diſpute qu'un ancien (6) Orateur s'aviſa d'inventer & de raconter à ſes Juges, pour réveiller leur attention, je veux parler du plaiſant démêlé au ſujet de *l'ombre d'un Ane*, laquelle celui à qui l'Ane appartenoit prétendoit n'avoir point loüée avec ſa monture; car celui qui avoit pris l'Ane à loüage ne pouvoit pas empêcher que le Maître ne ſe couchât à l'ombre de ſa bête; mais auſſi, du moment que celui-ci s'étoit emparé de l'ombre, l'autre pouvoit la lui ôter en faiſant marcher l'Ane.

Pour revenir à nôtre ſujet, il y a auſſi des Actions, qui devant être faites ſans intérêt, ou étant défendues par quelque Loi Divine ou Humaine; (7) ne ſauroient être légitimement miſes à prix, ni exercées pour de l'argent. Tels ſont, par exemple, ces actes religieux que l'on croit accompagnez de quelque effet ſurnaturel, par une inſtitution divine, comme, l'Abſolution d'un Prêtre, l'adminiſtration des Sacremens, & autres choſes ſemblables. Il y a de l'impiété & de l'irréverence envers la Majeſté Divine, à prétendre (b) qu'on en puiſſe trafiquer: & c'eſt ce qu'on appelle *Simonie*. Il faut rapporter ici la collation des Emplois Eccléſiaſtiques & des Bénéfices; car on doit les conférer gratuitement à ceux qui ſont les plus capables de ſe bien acquitter des fonctions qui y ſont attachées, (c) & non pas les donner pour de l'argent à des perſonnes qui n'ont aucune des qualitez requiſes, comme cela ne ſe pratique que trop ſouvent. J'en dis autant des récompenſes & des marques honorables par leſquelles on rend une eſpece de témoignage ſolennel au mérite, à l'érudition, ou à la (d) valeur de gens qui n'ont aucune teinture de ces qualitez: car, outre qu'on avilit les Titres & les Honneurs en les proſtituant à quiconque a dequoi les acheter, il arrive ſouvent par-là que des perſonnes indignes ſont élevées à des emplois publics, au grand dommage de l'Etat. Et il eſt certes bien honteux pour la République des Lettres, qu'en pluſieurs endroits on ſe relâche ſi fort, que de *recevoir un Ane Docteur*, (e) comme on parle. Enfin un Juge (f) qui vend la Juſtice; une Belle, qui ſe fait payer de ſes faveurs; un Patron, ou un Avocat, qui prend de l'argent de (g) ſes Cliens, ou de ſes Parties; un Aſſaſſin, ou un Empoiſonneur, qui trafiquent de la vie du Prochain; un Ecrivain, qui pour un bas intérêt, employe ſa plume & & ſon ſçavoir à publier des menſonges préjudiciables à quelqu'un; un homme qui par de faux ſermens ou de faux témoignages achetez à beaux deniers comptans, fait gagner une méchante Cauſe, ou en fait perdre une bonne: tous ces gens-là, & autres de même caractere, tirent un gain deshonnête de choſes que l'on doit ou exercer gratuïtement, ou ne point faire du tout. Il eſt même quelquefois défendu de recevoir (8) aucun ſalaire de certaines fonctions ou occupations, parcequ'on croit qu'elles ſeroient par-là avilies.

(b) Voyez *Actes VIII*, 20.

(c Voyez le Droit Canon, Part. II. *Decreti*, Cauſ. I. Quæſt. I II. III.

(d) Voyez *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. XVI. Cap. IV.

(e) Voyez *Janus Nicius Erythræus. Pinacotheca II.* Cap. XXIX. & *Ovid.* Art. amand. Lib. II. verſ. 163. Les *Chinois* ſont plus ſeveres dans l'examen & la promotion de leurs Docteurs. Voyez *Neuhof, gener. deſcrip.* & *Le Gentil*, Nouv. Voyag. autour du Monde, *Tome I.* pag. 256, *& ſuiv.*

(f) Voyez *Ovid.* Lib. I. *Amor.* Eleg. X. verſ. 37. *& ſeqq.*

(g) Voyez *Plutarch. in Romul.* pag. 25. A. B. De là vint enſuite la *Loi Cincienne.* Voyez auſſi *Senec. Hercul. furent.* verſ. 182. *& ſeqq.*

(5) Voyez FRANC. ZYPÆUS, *Notit. Jur. Belgic.* Lib. X. page 244. *Edit. Antuerp.* 1640.

(6) *Demoſthéne.* Voyez PLUTARQUE, in *X. Oratorib.* page 848. Tome II. *Edit. Wech.* & le Scholiaſte d'ARISTOPHANE, ſur les *Guépes*, verſ. 101.

(7) Voyez ce que j'ai remarqué ſur l'Abrege des *Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. XIV. §. 3. *Note* 2. & 4. des dernieres Editions.

(8) C'eſt ainſi que, par le Droit Romain, (comme le remarquoit notre Auteur) les *Philoſophes*, & les *Juriſconſultes* ne pouvoient demander aucun ſalaire, ni aucuns gages. *An & Philoſophi Profeſſorum numero ſint? & non putem. . . . quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam ſpernere. Proinde ne Juris quidem Civilis Profeſſoribus jus dicent: eſt quidem res ſanctiſſima Civilis Sapientia: ſed quæ pretio nummario non ſit æſtimanda, nec dehoneſtanda.* DIGEST. Lib. L. Tit. XIII. *De extraordinariis cognitionibus*, &c. Leg. I. §. 4, 5. Voyez là-deſſus GROTIUS dans ſes *Florum ſparſiones*, &c. page 228. *Edit. Amſt.* & à l'égard des *Orateurs* & des *Avocats*, QUINTIL. *Inſt. Orar.* Lib. XII. Cap. VII. mais ſurtout le Traité de FRIDERIC BRUMMER *Ad*

Qu'eſt ce qui *augmente* ou *diminue* le Prix des choſes?

§. VI. IL y a diverſes *raiſons qui augmentent ou diminuent le Prix d'une ſeule & même choſe*, & qui font préférer une choſe à l'autre, quoique celle-ci paroiſſe d'un égal ou même d'un plus grand uſage dans la Vie; car bien-loin que le beſoin qu'on a d'une choſe, ou l'excellence des uſages qu'on en tire, décide toûjours de ſon Prix; on voit au contraire que les choſes dont la Vie Humaine ne ſçauroit abſolument ſe paſſer, ſont celles qui ſe vendent à meilleur marché (a); la Providence Divine les faiſant croître partout avec abondance. Ce qui contribue donc le plus à augmenter le Prix des choſes, c'eſt leur *Rareté*. D'où vient que quelques-uns tiennent pour un des plus grands ſecrets du Négoce, de faire enſorte qu'il n'y ait pas trop grande abondance de certaines marchandiſes (b): & c'eſt pour cela qu'en pluſieurs endroits des *Indes*, les *Hollandois* arrachent les Arbres qui portent le Girofle & la Noix muſcade. Que ſi une choſe vient d'un Païs éloigné, cette circonſtance donne encore un grand relief à ſa rareté (c). Or la raiſon pourquoi les choſes rares ſont miſes à un plus haut prix, que les autres, c'eſt que la vanité des Hommes leur fait eſtimer ſouverainement ce qu'ils ont qui ne leur eſt commun qu'avec un petit nombre de gens, & tenir au contraire pour très-vil ce que l'on voit chez tout le monde. Ainſi *ils veulent*, par exemple, *avoir des Roſes* (d) *au milieu de l'Hyver; ils n'aiment les choſes que hors de leur ſaiſon, & contre l'ordre de la Nature*. Leur goût eſt quelquefois ſi bizarre & ſi dépravé à cet égard, qu'ils font grand cas d'une choſe préciſément parceque l'uſage en eſt défendu; la prohibition même irritant leurs déſirs déréglez, & leur vaine curioſité. En un mot, généralement parlant, les Hommes ne regardent guéres comme un Bien que ce en quoi le Poſſeſſeur trouve quelque avantage que les autres n'ont pas, ou en conſidération dequoi il peut s'élever pardeſſus les autres. D'où vient que (e) les plus grands Honneurs ſont réputez tels principalement parce que peu de gens y parviennent. C'eſt ſans contredit un effet de la corruption & de la malignité de l'Eſprit Humain, que de juger de la ſolidité d'un Bien par le nombre de ceux qui le poſſedent également; car la poſſeſſion d'un Bien n'eſt pas au fond plus ou moins eſtimable, ſelon que les autres en ſont privez ou en jouïſſent comme nous. Une Santé ferme & robuſte n'eſt pas moins avantageuſe, parceque les autres ſe portent bien, ni plus conſidérable, parcequ'ils ſont malades ou infirmes. La connoiſſance de la Vérité ne perd rien de ſon prix, pour être commune à un grand nombre de gens, & la Sageſſe ne devient pas en elle-même plus eſtimable, parce qu'il y a bien des Sots & bien des Foux. Deſorte que faire grand cas & tirer vanité d'un Bien que l'on poſſede, à cauſe que les autres n'ont pas le même bonheur, c'eſt au fond ſe réjouïr du mal d'autrui: comme, au contraire, il y a une noire envie à eſtimer moins un Bien, parceque la poſſeſſion nous en eſt commune avec les autres (f). Mais ici, comme en pluſieurs autres choſes, l'inclination générale des Hommes ne s'accorde pas avec la droite Raiſon. Ainſi, quoiqu'en diſent quelques-uns, qui prétendent que ſi l'on a attaché un prix exceſſif à pluſieurs choſes dont la Vie Humaine peut ſe paſſer très-facilement, c'eſt afin que l'on eût dequoi employer de grandes richeſſes, qui autrement ſeroient inutiles. La vérité eſt que cela dépend de la vanité, du luxe, & de la ſenſualité des Hommes, qui leur fait acheter ſi cher les

(a) Voyez *Vitruv.* Archit. Lib. VIII. Præfat. *Sext. Empiric. Pyrrhon. Hypot.* Lib. I. Cap. XIV. §. 143. *Edit. Fabric. Plin.* Hiſt. Nat. L. VII. Cap. XII. *in fin.*

(b) Voyez *Strab.* Geogr. Liv. XVII. pag. 799. *Edit. Pariſ.* (1151. *Edit. Amſt.*)

(c) Voyez *Mamertin.* Panegyric. Julian. Cap. XI *num.* 3. *Edit. Cellar.*

(d) *Lucien*, dans le *Nigrinus*, pag. 38, 39. *Edit. Amſtel.* Tome I.

(e) Voyez *Cornel. Nepos, in Miltiad.* Cap. VI. num. 2. *Edit. Cellar.* & *Cicer. de Invent.* Lib. II. Cap. XXXIX.

(f) Voyez *Nombres XI, 28. Marc IX, 38, 39.*

*Legem Cinciam*, Cap. II à quoi on peut joindre l'*Enarratio Pandectarum* de Mr. SCHULTING, Lib. III. Tit. I. §. 11. Ajoûtons encore, que le Droit Romain n'accorde aux *Poëtes* ni immunitez, ni priviléges, ni gages, comme il en donne aux Profeſſeurs des autres Sciences. Mr. LE CLERC en a recherché les raiſons, dans le I. Tome du *Parraſiana*, page 51. & *ſuivantes.*

*Perles* (g), par exemple, les *Pierres* (h) *précieuſes*, le (i) *Coral*, (k) *l'Ambre*, le *Cryſtal* (l), la *Porcelaine*, la (m) *Soye*, & autres raretez dont (1) *le prix dépend de la curioſité qu'on a pour elles* (2) *; deſorte que, comme la curioſité eſt ſans bornes, leur valeur n'en a point auſſi.* La folie des Hommes va même juſqu'à trouver belle une choſe, ſeulement (n) parcequ'elle coûte beaucoup. Ainſi c'eſt avec raiſon qu'un Auteur François (o) met au rang des ſottes opinions du Vulgaire : *D'eſtimer & recommander les choſes à cauſe de leur nouvelleté, ou rareté, ou eſtrangeté, ou difficulté, quatre engeoleurs, qui ont grand crédit aux eſprits populaires : & ſouvent telles choſes ſont vaines, & non à eſtimer, ſi la bonté & utilité n'y ſont joinctes ; dont juſtement fût meſpriſé du Prince, celuy qui ſe glorifioit de ſçavoir de loin jetter & paſſer les grains de mil par le trou d'une eſguille.... La régle des Sages*, dit ailleurs (p) le même Auteur, *eſt de ne ſe laiſſer coiffer & emporter à tout cela, mais de meſurer, juger, & eſtimer les choſes premierement par leur vraie, naturelle, & eſſentielle valeur, qui eſt ſouvent interne & & ſecrette, puis par l'utilité : le reſte n'eſt que pipperie* (q).

A l'egard des choſes qui ſont d'un uſage ordinaire & continuel, ſoit pour la nourriture & le vêtement, ſoit pour nôtre défenſe ; ce qui en augmente le plus le prix, c'eſt leur rareté, jointe à la néceſſité, comme il arrive dans une cherté de vivres (r), dans un (s) Siege, dans une longue Navigation, où l'on achete à quelque prix que ce ſoit tout ce qui eſt bon à appaiſer la faim & la ſoif, ou qui ſert à nôtre conſervation.

Pour les Ouvrages de l'Art, outre la rareté, on conſidere ici ſurtout la délicateſſe (t) & la beauté du travail (3). Quelques-uns tirent encore un grand luſtre de la réputation de l'Ouvrier. D'autres ſont fort eſtimez à cauſe du mérite de leur ancien poſſeſſeur ; d'où vient qu'un homme (u) acheta autrefois trois mille drachmes la Lampe de terre du Philoſophe *Epictete*, comme s'il eût acheté avec elle ſon ſçavoir. On a égard auſſi à la difficulté de l'Ouvrage (x) & au nombre des Ouvriers ; car moins on trouve de gens qui ſçachent faire une choſe, & plus l'Ouvrage ſe paye.

Enfin ce qui augmente le prix du travail, & generalement de toutes les Actions qui entrent en commerce, c'eſt la peine qu'elles demandent, & la difficulté de l'Ouvrage ; l'habileté & l'adreſſe qu'il faut pour y réüſſir ; l'utilité de ce qu'on fait ; la néceſſité de ceux en faveur de qui l'on employe ſes ſoins ou ſon induſtrie, & le petit nombre de gens qui ſe mêlent de faire de pareilles choſes, ou qui en ſont capables ; le caractere ou la dignité de celui qui agit, comme auſſi la liberté où il étoit de s'en diſpenſer ; le cas qu'on fait dans le monde (y) d'un Art ou d'une profeſſion ; & au-

(g) Voyez *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. IX. Cap. XXXV.

(h) *Idem*, Lib. XXXVII. Prooem. & Cap. IV. Voyez pour d'autres raretez. *Lib. IX*, 17. *in fin.* & 34. *X*, 29. *XII*, 14. 17, 19. XIII, 15.

(i) *Idem*, Lib. *XXXII*, 2.

(k) Dans l'*Orient* ; car en *Europe* le prix de l'Ambre eſt modique.

(l) Voyez *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. XXXIII. *Prooem. Senec. de Benefic.* Lib. VII. Cap. IX.

(m) *Plin. Hiſt. N.* Lib. VI. Cap. XVII. où il parle des anciens *Seres*.

(n) Voyez *Juven.* Sat. XI, 16. *Q. Curt.* Lib. VIII. Cap. IX. num. 19. *Edit. Cellar. Senec. Conſul. de Helv.* Cap. XI. *Lamprid.* Heliogabal. *Cap. XXIX. in fine.* Voyez au ſujet du prix des *Tulipes*, *Jan. Nicius Erythraeus*, *Pinacothec. III.* Cap. XVII. & Cap. XXIV.

(o) *Charron*, de la *Sageſſe*, Liv. I. Chap. XXXIX. num. 11. *Edit. de Paris*, & Chap. VI. *Edit. de Bourdeaux.* Voyez *Agatharcid.* De Mari Rubr. c. 49. pag. 60. *Edit. Hudſ.* (p) Liv. II. Chap. X. num. 2. (q) Voyez *Plutarch. in Caton. Major.* pag. 346. E. *Edit. Wech.* & *Strab.* Geographe, Lib. II. pag. 127. *Edit. Pariſ.* 189. C. *Edit. Amſtel. Almelov.* (r) Voyez *Quintil.* Declam. XII. Cap. 21. pag. 263. *Edit. Burm.* (s) Voyez *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. VIII. Cap. LVII. (t) *L. Mummius* n'avoit nul goût pour cela. Voyez *Velleius Paterculus*, Lib. I. Cap. XIII. (u) *Lucien*, dans le Traité *contre un ignorant*, &c. pag. 386. Tome II. *Edit. Amſtel.* Voyez ce que dit *Garcilaſſo de la Vega*, Hiſt. des Yncas, Liv. III. Chap. XX. de l'eſtime qu'on avoit dans le *Perou* pour tout ce qui venoit de la ville de *Cuzco.* (x) Voyez *Xenoph. Memorab. Socrat.* Cap. V. num. 2. *Edit. Oxon.* & *Cicer. in Bruto*, Cap. LXXIII. (y) Voyez *Ariſtot.* Politic. *Lib. I. Cap. VII. Edit. Heinſ.* & *Lib. VIII. Cap. II.*

§. VI. (1) *Etenim qui modus eſt in his rebus cupiditatis, idem eſt aeſtimationis. Difficile eſt enim finem facere pretio, niſi libidini feceris.* CICER. *in Verr.* Lib. IV. Cap. VII. J'ai ſuivi la Verſion de MAUCROIX.

(2) De-là vient que, par le Droit Romain, un Eſclave Eunuque, qui avoit plus de dix ans, & qui ſçavoit quelque métier, étoit taxé plus haut qu'un Eſclave Médecin. Voyez COD. Lib. VI. Tit. XLIII. *Commun. de legat.* &c. Leg. III. *princ.* & la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *de Pretio affectionis*, &c. Cap. II. §. 15.

(3) C'eſt que les beaux Ouvrages ſont rares. Ainſi l'Auteur diſtingue mal-à-propos de la rareté, des choſes qui s'y rapportent, comme il paroît par les autres exemples qu'il allégue. Voyez la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *De Pretio affectionis*, &c. Cap. I. §. 11.

tres ſemblables circonſtances. Mais il faut remarquer ici, avec un ancien Philoſophe, (4) qu'*il y a des choſes qui en elles-mêmes valent plus qu'on ne ſauroit les payer. On achete, par exemple d'un Medecin, la Vie & la Santé; d'un Profeſſeur, la connoiſſance des Arts Liberaux, & des Sciences qui ſervent à former l'Eſprit & le Cœur: toutes choſes ineſtimables en elles-mêmes. Ainſi l'on ne paye point à ces gens-là ce que l'on reçoit d'eux; mais ce qu'ils font pour nous, le ſervice qu'ils nous rendent, le tems qu'ils nous donnent, & qu'ils pourroient employer à travailler pour eux-mêmes; en un mot, ce ſalaire n'eſt pas pour les récompenſer ſelon que le mérite la choſe, mais ſeulement pour leur témoigner quelque reconnoiſſance des ſoins qu'ils ont pris en nôtre faveur.*

Du prix que donne à certaines choſes la paſſion particuliere d'une perſonne.

§. VII. Il arrive encore ſouvent qu'une perſonne eſtime beaucoup certaines choſes par quelque raiſon particuliere qui les lui fait aimer & priſer plus que ne feroit tout autre; & c'eſt ce que l'on appelle (a) *Prix d'inclination* (b): comme par exemple, ſi l'on eſt accoûtumée (1) à une choſe, ce qui a lieu ſurtout par rapport aux Animaux que l'on avoit apprivoiſez & dreſſez à ſa fantaiſie; ou ſi elle nous a ſervi à éviter un grand péril; ou ſi elle eſt un monument de quelque événement remarquable; ou ſi on l'a faite ſoi-même. Il y en a auſſi qui nous ſont cheres (c) à cauſe de la conſidération que l'on a pour celui de qui elles viennent, ou parcequ'il nous les a données comme un gage de ſon amour; enſorte qu'on ne voudroit pas les troquer contre pluſieurs autres, dont chacune en ſoi ſeroit de même bonté & d'égale valeur. Pluſieurs encore font grand cas d'une choſe parcequ'ils la voyent eſtimée des Grands, à qui ils veulent plaire, & dont la faveur fait l'objet de tous leurs ſoins. Ainſi lorſqu'un Prince aime une certaine ſorte de Viande, ou d'Ajuſtement, cela en augmente ſouvent le prix. Enfin la vaine Gloire, la Cruauté, (d) la Luxure, & autres ſemblables Vices, augmentent quelquefois, par rapport à certaines gens, le prix des Choſes ou des Actions.

Les Marchands ſe prévalent (e) ordinairement de la paſſion d'un Acheteur, pour lui faire payer bien cher les Marchandiſes dont ils remarquent qu'il a grande envie. Il y a des Docteurs qui prétendent que cela eſt illicite, à moins que quelque autre raiſon n'autoriſe à augmenter le prix de la Marchandiſe: & les Loix Romaines veulent même, que dans la réparation d'un dommage cauſé ſans mauvais deſſein, on n'ait (2) point d'égard à l'attachement qu'avoit la perſonne intéreſſée pour ce qu'on lui a perdu, gâté ou détérioré en quelque maniere. Mais lorſque le Vendeur trouve lui-même beaucoup de plaiſir dans la Poſſeſſion de la choſe dont il ſe défait, il peut

(a) *Pretium affectionis.*

(b) Voyez *Libanius*, Declam. XLI. pag. 870. D. *Edit. Pariſ. Morell.* & *Leo Africanus*. Lib. III. p. 285. où il rapporte un mot d'un *Arabe*.

(c) Voyez *Catull.* Carm. XII. verſ. 11, 12, 13. & *Ovid.* Epiſt. Heroïd. XVII, 71, 72.

(d) Les anciens *Gaulois*, par exemple, tenoient pour une choſe fort précieuſe la tête de quelqu'un de leurs ennemis. Voyez *Diod. Sicul.* Lib. V. Cap. 29. 17. & *Strabon*, Geograph. Lib. IV. pag. 198. init. *Edit. Pariſ.* (302. *in fin.* Edit. Amſt.)

(e) Voyez *Diodor. Sicul.* Lib. V. Cap. 26.

(4) *Reſpondetur, quædam pluris eſſe, quàm emuntur. Emis à Medico rem ineſtimabilem, vitam ac valetudinem bonam: à bonarum Artium Præceptore ſtudia liberalia, & animi cultum. Itaque his non rei pretium, ſed operæ ſolvitur, quòd deſerviunt, quòd à rebus ſuis avocati nobis vacant. Mercedem non meriti, ſed occupationis ſuæ ferunt.* Senec. *de beneſic.* Lib. VI. Cap. XV. Voyez Quintil. *Inſtit. Orat.* Lib. XII. Cap. VII. vers la fin. *Pythagore* blâmoit ceux qui prenoient de l'argent de la Jeuneſſe, pour lui enſeigner des choſes qui ne ſont point ſuſceptibles d'eſtimation, μισθὸν τῶν ἀτιμήτων πράττοντας. Jamblich. *de Vit. Pythag.* Cap. XXXIV. num. 245. *Edit. Kuſter.*

§. VII. (1) J'ai un peu raccommodé cet endroit, conformément à ce que l'Auteur dit dans ſon Abregé *des Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. XIV. §. 4. J'ai auſſi été obligé de faire un peu plus bas une tranſpoſition; ce paragraphe, & pluſieurs autres de ce Chapitre, étant dans un étrange déſordre, qu'il ne falloit pas laiſſer dans ma Traduction.

(2) *Si ſervum meum occidiſti, non adfectiones æſtimandas eſſe puto (veluti ſi filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles) ſed quanti omnibus valeret.* Sextus *quoque* Pedius *ait pretia rerum non ex adfectione, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter fungi.* Dig. *Lib.* IX. Tit. II. *Ad Leg. Aquil.* Leg. XXXIII. Voyez auſſi L. XXXV. Tit. II. *Ad Leg. Falcid.* Leg. LXII. LXIII. & la Diſſertation de Mr. Thomasius, *De Pretio affectionis*, &c. Cap. II. §. 12, 13. Lorſqu'il y avoit de la mauvaiſe foi, l'eſtimation étoit laiſſée au ferment du Demandeur; & alors il pouvoit avoir égard au cas qu'il faiſoit de la choſe pour quelque raiſon particuliere. Voyez le Commentaire de Mr. Noodt ſur le Titre du Digest. *De in litem jurando*, page 291, & *ſeqq.*

fort bien, à mon avis, la faire payer cher par cette raiſon, pourvû qu'il le déclare ſans façon à l'Acheteur; car rien n'empêche qu'on ne mette à prix la complaiſance que l'on a de ſe réſoudre, en faveur d'autrui, à ſe paſſer d'une choſe qu'on aimoit.

§. VIII. VOILA en general ce qui augmente ordinairement le Prix des choſes; & par conſéquent les circonſtances contraires le diminuent. Mais quand il s'agit de déterminer le prix de telle ou telle choſe en particulier, & de la taxer ſur un pié raiſonnable, on ſe régle encore ſur d'autres conſidérations.

*Du Prix réglé par les Loix.*

Il faut remarquer d'abord, que dans l'indépendance de l'*Etat de Nature*, il eſt libre à chacun de mettre tel prix qu'il veut à ce qui lui appartient, chacun ayant alors plein-pouvoir de diſpoſer de ſon bien & de ſes actions comme il le juge à propos. En effet, ſi quelqu'un vouloit apprécier le bien d'un autre, il dépendroit toûjours de celui-ci d'acquieſcer ou non à l'eſtimation du premier; & ainſi il ſeroit toûjours au fond le véritable eſtimateur de ſon bien. Suppoſé même qu'il le mît à un prix exceſſif, perſonne ne pourroit s'en formaliſer: car qu'importe aux autres que l'on ſe forge une trop haute idée de ſes propres richeſſes? Si le prix leur paroît exorbitant, ils n'ont qu'à laiſſer la marchandiſe: ou s'ils veulent l'avoir, il faut qu'ils donnent ce qu'on en demande. D'autre côté, lorſque quelqu'un a envie de débiter ſes marchandiſes, il doit ſe contenter de ce qu'en voudra donner un Acheteur dédaigneux à qui il va les offrir. On n'a donc ſujet de ſe plaindre que quand une perſonne, par pure inhumanité, ou par haine & par envie, refuſe dans nôtre beſoin, de nous vendre des choſes dont elle a abondance, (1) ou ne veut nous les vendre qu'à des conditions très-onéreuſes. D'où il s'enſuit, que dans l'etat de Nature le prix de chaque choſe dépend uniquement des Conventions des Contractans, & que pourvû qu'on ne ſe prévalle pas inhumainement de l'indigence d'autrui, on peut, ſans violer les Loix du Commerce, (a) profiter des occaſions de gagner qui ſe préſentent.

(a) Voyez *Geneſ.* XLI, 49. & XLVII, 13. & *ſuiv.*

Mais dans une *Societé Civile*, le prix des choſes ſe régle de deux manieres, ou par les Loix du Souverain, ou par l'eſtimation commune des Particuliers, accompagnée d'un conſentement mutuel des Contractans. La premiere ſorte de Prix eſt appellée par quelques-uns *Prix Légitime*; & l'autre *Prix commun*, ou *Prix courant* (b). A l'égard du *Prix Légitime*, on préſume pour l'ordinaire qu'il eſt conforme aux maximes de la Juſtice & de l'Equité, à moins que le contraire ne paroiſſe évidemment: car une craſſe ignorance, & plus ſouvent encore l'envie de favoriſer les Acheteurs ou les Vendeurs, au préjudice les uns des autres, ſoit parceque l'on a été gagné par argent,

(b) On l'appelle auſſi *Prix naturel.*

§. VIII. (1) Quand il s'agit de choſes abſolument néceſſaires à la Vie; car à l'égard des autres, quoiqu'on puiſſe ſe rendre coupable d'inhumanité, en refuſant de les vendre, ou y mettant un fort haut prix, on ne fait point de *tort*, proprement ainſi nommé. Mr. THOMASIUS dans ſa *Juriſprudent. Divina*, Lib. II. Cap. XI. §. 13. diſtingue encore ici entre ce que l'on appelle une *choſe en eſpece*, & une *choſe ſuſceptible de remplacement*, ou qui peut être remplacée par équivalent; car il n'y a que les premieres ſortes de choſes que l'on puiſſe mettre à un ſi haut prix qu'on veut. Pour les autres, ſi dans un Prêt ou dans un Echange, par exemple, l'on prétendoit eſtimer davantage ſon Grain ou ſon Vin, quoiqu'il fût au fond de même qualité & de même bonté que celui de l'autre Contractant; on pécheroit, dit Mr. *Thomaſius*, contre l'Egalité Naturelle des Hommes, qui ne permet pas de peſer le bien d'autrui & le nôtre dans une balance inégale, & de juger différemment d'eux ou de ce qui leur appartient, ſans de juſtes cauſes. Ajoûtons, que la Nature du Commerce, pour lequel le prix eſt établi, demande l'Egalité. Or il y a une inégalité viſible, lorſque des choſes de même eſpece & de même bonté ſont eſtimées ſur un pié différent. Au lieu que quand il s'agit de choſes de différente nature, outre qu'elles ne peuvent pas être ſi exactement égalées, le cas qu'en fait le Proprietaire peut entrer dans l'eſtimation comme une partie de la valeur, & réduit ainſi l'échange à une juſte égalité. D'ailleurs, on pécheroit le plus ſouvent contre la nature de l'affaire dont il s'agit, & contre la Loi du Contract, ſi l'on vouloit eſtimer différemment des choſes qui peuvent être remplacées par d'autres toutes ſemblables.

ou pour quelque autre raiſon ; enfin le déſir d'attirer à ſoi-même le profit ; peuvent cauſer ici une grande diſproportion entre le prix réglé par les Loix, & la juſte valeur des Denrées ou des autres Marchandiſes. Ce *Prix Légitime* conſiſte preſque dans un point indiviſible, enſorte que ſi l'on va tant ſoit peu en-déçà ou au-delà, on commet une injuſtice. Lorſqu'on a taxé le Prix en faveur des Acheteurs, comme cela ſe fait le plus ſouvent pour cette raiſon, le Vendeur ne ſauroit légitimement rien exiger au-delà ; mais l'Acheteur peut du conſentement du Vendeur, payer quelque choſe de moins ; bien entendu que ce qu'il lui donne ne demeure par au-deſſous du plus bas degré de la valeur naturelle ou intrinſeque de la marchandiſe. Rien n'empêche auſſi que le Vendeur ne rabatte quelque choſe du Prix réglé par les Loix, pourvû que par-là il ne faſſe point de tort aux autres Marchands. Que ſi le Prix a été taxé en faveur des Vendeurs, l'Acheteur ne ſauroit légitimement obliger le Vendeur à ſe contenter de moins ; quoique celui-ci puiſſe, s'il veut, en rabbattre quelque choſe, chacun ayant la liberté de renoncer à ſes avantages (2). Mais il eſt permis au Vendeur de prendre au-delà du Prix fixé, pourvû que ce ſurplus ne paſſe pas le plus haut degré de ſa valeur naturelle des marchandiſes (3). Au reſte, il eſt plus ordinaire de taxer le Salaire en faveur de ceux qui travaillent pour autrui, que de régler le prix des Marchandiſes en faveur de ceux qui les vendent.

*Du Prix commun.*

§. IX. POUR le *Prix commun* qui n'eſt point déterminé par les Loix (1), il a quelque étenduë, enſorte que l'on peut exiger quelque choſe de plus, ou donner quelque choſe de moins (a). C'eſt de cette ſorte de Prix qu'il faut entendre les paroles ſuivantes d'un ancien Philoſophe : (2) *Qu'importe*, dit-il, *combien vaut une choſe en elle-même, lorſque le Vendeur & l'Acheteur ſont convenus du prix ? . . . La valeur de chaque choſe change au fond ſelon le tems. Eſtimez vôtre marchandiſe tant qu'il vous plaira : elle ne vaudra, au bout du compte, que ce que vous en pourrez trouver. Le* (b) *prix des choſes*, ſelon les Juriſconſultes Romains, (3) *ne ſe régle ni ſur la*

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 14. num. 1.

(b) Voyez *Ariſtot. Ethic. Nicom.* Lib. IX. Cap. I. *in fine.*

(2) Il n'eſt pas toûjours permis de donner au-delà du Prix réglé par les Loix ; & cela a lieu ſurtout, lorſque la taxe n'eſt pas tant faite pour l'intérêt des Particuliers, que pour le Bien Public, & comme une eſpece de Loi Somptuaire. On ne peut pas non-plus toûjours ſe contenter de moins ; ce qui doit être obſervé principalement lorſque le Magiſtrat, en fixant le Prix, a eu en vuë d'empêcher les Monopoles, ou de favoriſer en general les Marchands & le Commerce. C'eſt ce que remarque très-bien Mr. THOMASIUS, dans ſa *Juriſprudent. Divin. ubi ſuprà*, §. 56, 57.

(3) Il y a, ajoûtoit ici nôtre Auteur, des manieres adroites & indirectes d'empêcher que les choſes ne ſe vendent trop cher, ſans les taxer formellement. Par exemple, dans quelques Etats de l'Ancienne *Gréce*, il étoit défendu aux Vendeurs de poiſſon de s'aſſeoir au Marché, afin que, las de demeurer debout ils vendiſſent bien-tôt leurs poiſſons à un prix raiſonnable, & n'en aportaſſent que de bien frais. Voyez ATHE'NE'E, Lib. VI. Cap. II. page 226. C. *Edit. Caſaub.*

§. IX. (1) Ce *Prix commun* a auſſi lieu entre ceux qui vivent dans l'indépendance de l'Etat de Nature. C'eſt une ſuite du Commerce qu'ils font enſemble, auſſibien que les citoyens d'un même Etat. Les uns & les autres ne ſont pourtant pas obligez toûjours, & à la rigueur, de ſe régler ſur cette eſtimation commune. Mais les Loix peuvent en impoſer la néceſſité aux Sujets de l'Etat en matiere de certaines choſes. Que ſi elles ne le font pas, il y auroit au moins de l'imprudence quand on veut trafiquer, de mettre ſa marchandiſe à ſi haut prix, qu'elle ne trouvât point d'Acheteurs. Or c'eſt ce qui arriveroit pour l'ordinaire, & dans l'Etat Civil, & dans l'Etat de Nature, ſi l'on ne vouloit pas donner les choſes ſur le pié de ce qu'elles peuvent être eſtimées par la plûpart des gens qui les recherchent & qui s'y connoiſſent. D'ailleurs, toutes les fois qu'on n'a point déterminé de prix par une convention expreſſe, & que cependant on en a dû ſuppoſer quelqu'un, on eſt par-là cenſé avoir entendu le Prix courant : de même qu'en tout autre cas ſemblable on ſe ſoumet tacitement à ce qui eſt réglé par un Uſage connu. C'eſt auſſi le Prix qu'il faut ſuivre, & dans l'eſtimation d'un Dommage cauſé ſans mauvais deſſein ; & lorſque l'on n'aliéne pas ſon bien de ſa pure volonté, comme dans le partage d'une choſe commune, que l'on convient de laiſſer toute entiere à l'un de ceux qui y ont part, en payant aux autres la valeur de leur portion.

(2) *Quid intereſt, quanti ſint, cùm de pretio inter ementem & vendentem convenerit ? . . . Pretium cujuſque rei pro tempore eſt. Cùm bene iſta laudaveris : tanti ſunt quantò pluris vanire non poſſunt.* SENEC. *De Beneſic.* L. VI. C. XV.

(3) Il s'agit là de l'eſtimation du Dommage, & non pas de ce que l'on peut donner ou exiger en vendant ou achetant, ou en faiſant quelqu'autre contract. Voyez ci-deſſus, §. 7. *Note* 2.

(4) C'eſt

*la paſſion qu'un Particulier peut avoir pour elles, ni ſur l'utilité qu'il en retire, mais ſur l'eſtimation commune.* Au reſte, on diſtingue trois *degrez du Prix commun:* le *plus bas*, ou le Prix (c) *honnête;* le *médiocre*, ou *modique;* le *plus haut*, ou le *Prix rigoureux.* Tant qu'on ne va pas au-delà, ou qu'on ne demeure pas en-deçà de ces bornes, on peut acheter & vendre plus cher ou à meilleur marché. Mais de marquer préciſément le point où ſe termine chaque degré, c'eſt ce que l'on ne ſauroit faire d'une maniere qui ſerve de régle generale. Le plus court eſt de dire, que le juſte prix (4) de chaque choſe eſt ce qu'en donnent ordinairement ceux qui s'entendent en Marchandiſes & en Négoce.

(c) *Gradus infimus, ſeu pius.*

Pour quelles raiſons le *Prix commun* augmente ou diminue?

§. X. DANS la détermination du Prix commun, (a) on met en ligne de compte, 1. Les *dépenſes* que font les Marchands, & la *peine* qu'ils prennent pour leur commerce. C'eſt-là la principale raiſon pourquoi on peut vendre une choſe plus qu'elle ne coûte. Et par *dépenſes* il faut entendre ici celles qui ſe font ordinairement; car on n'a nul égard aux extraordinaires. Ainſi l'on ſe moqueroit d'un Marchand, qui prétendroit vendre plus cher ſes marchandiſes, ſous prétexte qu'en les allant chercher ailleurs il ſe ſeroit caſſé la Jambe, ou qu'il auroit eu une groſſe Maladie, ou à cauſe qu'il en auroit perdu une partie par un Naufrage, ou par un Vol; à moins que de tels accidens n'euſſent fait devenir rares ces ſortes de marchandiſes. Il ſeroit encore plus ridicule de prétendre que les Acheteurs le dédommageaſſent des dépenſes ſuperflues, ou de celles qu'il a faites pour ne pas entendre ſon métier, ou faute de ſoin & de vigilance. Mais rien n'eſt plus juſte que de ſe faire payer honnêtement le tems qu'on employe, & la peine ou les ſoins que l'on ſe donne pour tranſporter, garder & débiter ſes Marchandiſes; comme auſſi les gages des Commis, Facteurs, ou Garçons de boutique que l'on eſt obligé de tenir. Ce ſeroit même une grande inhumanité, & une choſe très-propre à décourager l'induſtrie humaine, que de réduire tout le gain qui peut légitimement revenir du Negoce & de tout autre Commerce, ou de toute profeſſion en general, à ce qui ſuffit pour fournir aux néceſſitez abſolues d'une vie dure & laborieuſe. Il faut encore conſidérer ici, 2. La difficulté, la longueur, & le danger des *Chemins*, ou de la *Navigation;* comme auſſi la *différence de la valeur des Monnoyes & des Marchandiſes* ſelon la diverſité des lieux. 3. Ceux qui *vendent en détail* peuvent mettre un plus haut prix à leurs marchandiſes que les *Marchands en gros;* car outre que la Vente en détail eſt plus pénible & plus incommode, on gagne bien davantage à recevoir tout à la fois une groſſe ſomme d'argent, qu'à en tirer peu-à-peu de petites. 4. Le Prix courant baiſſe ou hauſſe quelquefois tout d'un coup, ſelon que quelque cas particulier (b) augmente ou diminue le *nombre des Acheteurs*, & la *quantité d'Argent ou de Marchandiſes.* 5. On met auſſi (1) une choſe à plus haut prix, lorſqu'on ne la vend que pour faire plaiſir à une perſonne qui nous en prie, à qui on ne l'auroit pas vendue autrement. Au contraire le prix diminue lorſque *la Marchandiſe cherche marchand*, comme on parle; c'eſt-à-dire, quand le Vendeur va offrir ſes marchandiſes aux Acheteurs, & les ſolliciter à en prendre; ſurtout s'il s'adreſſe à des gens, qui tiennent pour

(a) Voyez *Grotius*, *ubi ſuprà*, num. 2.

(b) Voyez *Tacit.* Annal. Lib. VI. Cap. XVII. num. 4. & *Socrat.* Hiſt. Eccleſ. Lib. III. Cap. XVII. au commencement.

(4) C'eſt pour cela, ajoûtoit ici l'Auteur, que le mot *Pretium* vient, ſelon VARRON, *de Ling. Latin.* Lib. IV. page 41. de celui de *peritus; quòd*, dit-il, *hi ſolùm poſſunt facere rectè id.* Mais SAUMAISE ſe moque, avec raiſon, de cette Etymologie, dans ſon Traité *de Uſuris*, page 332. & 476. Ce qui, au fond, eſt de très-peu d'importance.

§. X. (1) J'ai ajoûté cette petite période, tirée de l'Abregé *des Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Ch. XIV. §. 6. On voit aſſez qu'elle ne devoit pas être omiſe.

maxime, avec un Ancien (2), que *rien de ſuperflu n'eſt à bon marché, quand il ne coûteroit qu'un ſou.* La raiſon en eſt, dit-on, qu'en ce cas-là il y a diſette d'Acheteurs. Ajoûtez à cela, que la choſe qu'on veut vendre alors eſt ſouvent peu néceſſaire à l'Acheteur, qui ne l'auroit point achetée ſans cette occaſion qui ſe préſente de l'avoir à grand marché. Souvent même, en pareil cas, on n'achete pas tant pour s'accommoder ſoi-même, que pour faire plaiſir au Vendeur. De là vient auſſi que dans les Encans on a ordinairement les choſes à meilleur marché qu'elles ne valent d'ailleurs; parceque c'eſt la Loi de ces ſortes de Ventes, (3) qu'on adjuge la marchandiſe au plus offrant & dernier enchériſſeur : quoique ceux qui ſe ſurdiſent les uns aux autres, à force de s'échauffer & de ſe piquer au jeu, faſſent quelquefois monter l'enchere de ce qui ſe crie, au-delà du prix ordinaire; le grand nombre d'Acheteurs augmentant alors le Prix. 6. Enfin, on peut faire entrer dans le Prix commun des marchandiſes, le dommage que reçoit le Vendeur, ou le gain qu'il perd en les vendant, ſurtout lorſque l'Acheteur vient de lui-même s'offrir. Car ce ſeroit être bien ſot que d'aliener ſon bien, ſans prendre ſes meſures enſorte du moins que l'on ne perde rien au marché qu'on fait. Et ici il faut ſurtout avoir égard au délai ou à l'avance du payement; car le tems du payement (4) eſt une partie du Prix, & il vaut mieux (c) ſans doute vendre comptant qu'à credit, puiſqu'on auroit pû faire un nouveau profit en trafiquant de ſon argent. (5)

(c) Voyez *Martial*, Lib. VI. Epigr. XXX. & ce que rapporte *Polybe*, *in Excerpt. Valeſ.* pag. 157. au ſujet de *Scipion le Jeune*, qui paya ſur le champ à ſes Sœurs leur Dot, qu'il pouvoit payer dans pluſieurs termes.

Le Prix *propre ou intrinſeque* ne ſuffiſoit pas pour le Commerce de la vie.

§. XI. Depuis que la plûpart des Peuples eurent renoncé à la ſimplicité des premiers ſiécles, on remarqua bien-tôt que le *Prix propre & intrinſeque*, tant *Prix commun*, que *Légitime*, ne ſuffiſoit pas pour toutes les affaires qu'on pouvoit avoir enſemble, & pour la facilité du Commerce qui devenoit tous les jours plus étendu & plus floriſſant. Car il n'y avoit pas moyen alors de trafiquer autrement que par des Echanges; & quand un homme avoit travaillé pour un autre, il falloit que celui-ci ou travaillât pour lui à ſon tour, ou lui donnât en revanche quelque choſe de ſes biens. Or comme la Curioſité, le Luxe, la Senſualité, & les autres paſſions des Hommes, multiplient ſi fort leurs beſoins, ou plûtôt leurs déſirs, que non contens de ce qui ſe trouve dans chaque Païs, ils recherchent avec empreſſement les raretez, les commoditez, & les délices des autres Climats; il étoit difficile que chacun eût des marchandiſes que les autres vouluſſent prendre en troc pour celles qu'il ſouhaitoit, ou

(2) C'eſt Caton *l'Ancien*. Ὅλως δὲ μηδὲν εὔωνον εἶναι τῶν περιττῶν, ἀλλ' οὗ τις οὐ δεῖται, κἂν ἀσσαρίου πιπράσκηται, πολλοῦ νομίζειν. Plutarque, en ſa Vie, page 338. *in fin.* Edit. Wechel. *Tome* I.

(3) Voyez ci-deſſous, Chap. V. §. 6.

(4) *Nam dies ſolutionis, ſicuti ſumma, pars eſt ſtipulationis.* Digest. Lib. II. Tit. XIII. *De edendo*, Leg. I. §. 2. Voyez auſſi *Lib.* XVIII. Tit. II. *De in diem addictione.* Leg. IV. §. 6. & Leg. XV. *in fine.*

(5) Dans tout ce paragraphe, l'Auteur n'a traité que des circonſtances extérieures qui contribuent à augmenter ou à diminuer le Prix des choſes. Mais il faut toûjours ſuppoſer, que les qualitez propres & internes des choſes mêmes varient extrémement leur valeur; parceque ces qualitez & les circonſtances qui s'y rapportent, augmentent ou diminuent l'utilité que l'on en retire. C'eſt à quoi ſe rapporte l'exemple particulier que l'Auteur alléguoit, & que je renvoye à cette Note, pour ne pas confondre des idées differentes. Themistocle voulant vendre un Fonds de terre, dit au Crieur de n'oublier pas d'avertir, qu'*il y avoit un bon Voiſin*. Plutarch. *in Apophthegm.* page 185. D. Tome II. Voyez auſſi Sadus, *Roſar. Perſic.* Cap. IV. Cette circonſtance devoit ſurtout être fort conſidérable à *Lacédémone*, où il étoit permis de ſe ſervir des Eſclaves, des Chiens, & des Chevaux de ſon Voiſin, comme des ſiens propres, lorſque le Maître n'en avoit pas beſoin; & de prendre même de ſes proviſions, pourvû qu'on eût ſoin de bien refermer le Panier, & de le laiſſer dans le Champ où l'on l'avoit trouvé. *Idem Apophthegm. Lacon.* page 238. E. *Edit. Wechel.* Notre Auteur alléguoit encore ici, comme une raiſon extraordinaire & fort inhumaine, d'augmenter le Prix des choſes : ce que rapporte Justin, Lib. XI. Cap. IV. num. 8. qu'*Alexandre le Grand* ayant fait vendre à l'encan les *Thébains* qu'il tenoit priſonniers, *leurs Ennemis enchériſſoient à l'envi les uns des autres, non pour le profit qu'ils en pouvoient tirer, mais à proportion de la haine qu'ils avoient pour eux.*

qui fuſſent préciſément d'égale valeur. D'ailleurs, dans les Etats civiliſez, où il y a divers Ordres de Citoyens & diverſes Profeſſions, bien des gens ne trouveroient pas dequoi ſubſiſter, ou du moins qu'avec beaucoup de peine, ſi l'on ne pouvoit ſe pourvoir de ce dont on a beſoin, qu'en donnant choſe pour (1) choſe, ou travail pour travail. Et on voit en effet que les Peuples, (a) qui ignorent l'uſage de la Monnoye, menent une vie dure & ſimple.

(a) Voyez *Auger. Busbequii* Epiſt. III. pag. 205. *Edit. Elzevir.* au ſujet des mœurs des Peuples de la *Colchide* : & ce que dit *Maxime de Tyr*, Diſſert. XXXVI. pag. 368. *Edit. Cantabr. Daviſ.* mais qui ne peut avoir lieu que dans le pays des idées.

* Du *Prix éminent*, ou de la *Monnoye.*

* §. XII. La plûpart des Nations cherchant à augmenter les douceurs & les commoditez de la Vie, jugerent donc à propos d'attacher, (1) par une eſpece de Con-

§. XI. (1) Cela paroitra par cet exemple, dont *Ariſtote* ſe ſert dans un paſſage que notre Auteur citoit au paragraphe ſuivant. *Ἐπεὶ δὲ ὁ οἰκοδόμος πλείονος ἄξιον ποιεῖ τὸ αὐτοῦ ἔργον ἢ ὁ σκυτεὺς, καὶ ἦν ἔργον ἀντικαταλλάττεσθαι καὶ τῷ σκυτεῖ πρὸς τὸν οἰκοδόμον, ἀνθ᾽ ὑποδιμάτων δ᾽ οὐκ ἦν οἰκίαν λαβεῖν· ἐνταῦθα ἤδη ἐνόμισαν ταῦτα πάντα ὠνητὰ, καί τι ἀργύριον προσαγορεύσαντες νόμισμα, τούτῳ χρῆσθαι, καὶ πρὸς τὴν ἀξίαν ἕκαστον ἑκάστου διδόντας, τὴν ἄλλαξιν ποιεῖσθαι παρ᾽ ἀλλήλων, καὶ τούτῳ τὴν πολιτικὴν κοινωνίαν συνέχει.* » L'ouvrage d'un Maſſon valant plus que celui d'un » Cordonnier, il n'auroit pas été juſte que pour des » Souliers le Maſſon fit une Maiſon au Cordonnier : » ainſi il étoit difficile qu'ils s'accommodaſſent en» ſemble. On jugea donc à propos de ſe ſervir d'ar» gent, que l'on appella *Monnoye*, afin que tout cela » pût être acheté, & qu'ainſi en payant la valeur de » chaque choſe on ſe pourvût de celles que l'on vou» droit ; ce qui eſt le fondement du Commerce de » la Vie civile. *Magn. Moral.* Lib. I. Cap. XXXIV. page 165. E.

§. XII. (1) *Conventione quadam*, dit nôtre Auteur. Il pourroit donc bien n'avoir pas entendu parler d'une Convention proprement ainſi nommée, mais d'un ſimple Uſage, à l'égard duquel les hommes s'accorderent inſenſiblement entr'eux, parcequ'ils y trouvoient leur utilité. Ce n'eſt du moins qu'en ce ſens qu'on peut admettre l'accord ; hormis dans une Societé Civile, où il eſt ſoûtenu par l'autorité des Loix. J'ai toûjours conçu la choſe de cette maniere : & ſi je ne m'en ſuis pas expliqué ici, c'eſt ou par oubli, ou à cauſe que je ne voyois pas qu'on pût aiſément s'imaginer le contraire. Je ſuis bien aiſe de voir que Mr. Carmichael, Profeſſeur à *Glasgovv*, ſe déclare de même opinion dans ſes Notes ſur l'Abregé *De Offic. Hom. & Civ.* dont la premiere Edition parut en 1718. Un autre Auteur s'en eſt fait honneur depuis, comme d'une penſée toute nouvelle ; c'eſt feu Mr. Branchu, dans ſes *Obſervations*, Tome II. *Obſ.* XI. Il critique là en particulier feu Mr. Locke, à qui il attribuë d'avoir ſoûtenu, en conſéquence de l'hypotéſe ſur laquelle il le fait raiſonner, *Que l'Argent doit être conſidéré comme une preuve que l'on s'eſt engagé à faire enſorte que chaque Homme rendit, pour les eſpeces qu'on reçoit, des Marchandiſes d'une certaine valeur ; parceque tous les Hommes en ſont ainſi convenus*. De-là il s'enſuit, ajoûte-t-on, *que chacun eſt obligé de vendre ſon bien à tout autre, & qu'il pourra y être forcé.* Mais, avant que de traiter ſi cavalierement ce grand Philoſophe, qui n'étoit pas d'humeur à forger ſans néceſſité des Conventions generales entre les Hommes, comme nous l'avons vû ci-deſſus au ſujet de l'origine de la Proprieté des biens ; avant, dis-je, que d'en venir là, il falloit au moins avoir entendu ce qu'il dit. Or, dans l'endroit qu'on cite il n'y a rien de tel, & on peut en déduire le contraire. Mr. Locke y poſe, *Que les Hommes étant convenus de mettre une valeur imaginaire à l'Or & à l'Argent . . . les ont établis pour un eſpece de gages communs, par leſquels on fût aſſuré qu'on recevroit dans le Commerce, des choſes qui vaudroient autant que celles dont on ſe défait pour une certaine quantité de ces Métaux.* De-là dépend, ſelon lui, *la néceſſité de la proportion qu'il doit y avoir entre les eſpeces de Monnoye, & le Commerce.* Car, ajoûte-t-il, *un Billet, une Obligation, ou tout autre ſigne de Dette que je reçois d'une perſonne, ne ſera pas volontiers reçu, comme une bonne ſureté, d'une autre perſonne qui ne ſçaura point ſi le Billet eſt bon & valable en Juſtice, ou ſi le Débiteur eſt honnête homme & ſolvable. L'Autorité Publique* ne ſçauroit même *rendre de telles choſes un gage courant ; la Loi ne pouvant donner aux Billets cette valeur intrinſeque que le conſentement du Genre Humain a attachée à l'Or & à l'Argent. Ainſi les Etrangers n'auront garde de prendre nos Billets ou nos Ecrits, pour aucune partie du payement. Et quoiqu'ils puiſſent paſſer pour être de quelque poids parmi nos propres Compatriotes, il y a ici un très-grand obſtacle ; c'eſt qu'ils ſont ſujets à des diſputes & des conteſtations inévitables ; à être contrefaits ou ſuppoſez, & à avoir beſoin d'autres preuves d'authenticité & de ſureté, que nos propres yeux, ou que la pierre de touche*, &c. Considerations *of the lowering of interest, and raising the value of Money*, Tome I. Opp. *page* 12. Quiconque peſera ces paroles, & examinera toute la ſuite du diſcours, ou plûtôt tout le Traité dont elles ſont partie, n'y trouvera pas le le moindre fondement à prétendre que Mr. Locke ſuppoſât une véritable Convention, en vertu de laquelle *les Hommes fuſſent déſormais obligez d'attacher un certain prix à une certaine matiere.*

Mais voici ce qu'il dit dans un autre Traité du même Volume, où il fait voir que l'introduction de la Monnoye a donné lieu aux Particuliers d'étendre leurs Poſſeſſions : *Les Hommes ont rendu praticable ce partage inégal, hors même des Societez Civiles, &* Sans aucune Convention, *en attachant ſeulement une valeur à l'Or & à l'Argent, & s'accordant tacitement à ſe ſervir de la Monnoye. Car, dans un Etat, ce ſont les Loix qui réglent le droit de Proprieté, & la Poſſeſſion des Terres*, &c. Traité du Gouvernement, Liv. II. Chap. V. §. 50. Pour ce qui eſt de notre Auteur que l'on critique auſſi nommément, l'idée d'une veritable Convention, qui ôte aux Hommes, dans l'independance de l'Etat de Nature, la liberté de priſer ou de ne pas priſer les Métaux dont la Monnoye eſt composée ; cette idée, dis-je, ne s'accorde point avec ſes propres principes, & il n'y a rien dans tout ce Chapitre, d'où l'on puiſſe la déduire clairement. Au contraire, on voit en plus d'un endroit, qu'il diſtingue l'*inſtitution*, & les

* La Monnoye eſt ordinairement faite de quelque Métal.

vention, à une certaine choſe un *Prix éminent*, par lequel on meſurât le Prix *propre & intrinſeque* de toutes les autres, & qui renfermât virtuellement la valeur de chacune; enſorte qu'à la faveur de cette choſe, que l'on appelle *Monnoye*, on pût ſe pourvoir, quand on voudroit, de tout ce qui ſeroit à vendre, & faire commodément toutes ſortes de Commerces & de Contracts (2).

* §. XIII. POUR cet effet, on n'a point trouvé de meilleur expédient que de ſe ſervir des *Métaux* les plus eſtimez & les moins communs: tels que ſont (a) l'*Or*, l'*Argent*, & le *Cuivre*. Car, comme un Créancier prudent ne reçoit point pour caution le premier venu, ou quelque homme de néant, mais ſeulement des gens riches & d'une probité reconnue: de même perſonne n'auroit voulu donner pour une choſe qui ſe trouve partout, par exemple, pour une poignée de Terre ou de Sable, un bien qu'il avoit acquis par ſon induſtrie ou à force de travail. Il falloit donc que la Monnoye fût faite d'une matiere propre à être gardée & maniée aiſément, & qui à cauſe de ſa rareté, pût égaler & ajuſter les Prix de pluſieurs choſes différentes. Ajoutez à cela, que la ſubſtance des Métaux étant fort compacte & fort ſolide, ils peuvent être diviſez en petites parties, ſans s'uſer néanmoins que très-peu & qu'à la longue: deux qualitez eſſentielles à une choſe qui doit tenir lieu de meſure commune dans le Commerce. Cependant, comme ce n'eſt pas par une vertu phyſique, mais par un pur effet de l'*inſtitution* & des Conventions Humaines, que l'Argent a cet uſage, * on peut, dans un cas de néceſſité, (1) ou même ſans cela, employer quelque autre matiere, du (b) Cuir, par exemple, du Papier, ou autres choſes ſemblables, qui portent une empreinte particuliere. C'eſt ainſi que *Timothée* (c), Général des *Athéniens*, voyant que l'argent manquoit dans ſon Camp, perſuada aux Marchands de prendre de ſes Soldats ſon cachet en place de Monnoye, avec promeſſe que dès qu'il auroit des eſpeces il rendroit à tous ceux qui lui porteroient ces cachets, la valeur des denrées & des marchandiſes pour leſquelles ils auroient été donnez; ce qu'il fit auſſi. Les habitans des Royaumes de (d) *Congo* & de *Tombut* en *Afrique*, comme auſſi la plûpart des Peuples de l'*Amérique Septentrionale* ſe ſervent pour monnoye d'une ſorte de petites Coquilles de mer: les *Apalachites*, Peuple de la *Floride* (e), de certains grains blancs & noirs: les habitans de la Province de *Canielu* (f), & ceux du Royaume des *Abyſſins* (g), de petits morceaux de Sel. Il faut avouer pourtant que

(a) *Pline*, *Hiſt. Nat.* Lib. XXXIII. C. III. vers la fin, explique pourquoi l'*Or* eſt le premier des Métaux. Voyez pourtant Lib. XXXIV. C. XIV. & *Lucien*, dans le *Charron*, pag. 350. *Edit. Amſt.* où le *Fer* eſt mis au-deſſus, à certains égards.

* Voyez *Philoſtrate*, Vit. Apoll. Tyan. *Lib. II. Cap. VI. Edit. Olear.*

(b) Les anciens *Lacédémoniens* s'en ſervoient. Voyez *Senec. de Benefic.* Lib. V. Cap. XIV. *in fine.*

(c) *Polyæn.* Stratagem. *Lib. III. Cap. X. num.* 1. ſur quoi voyez la Note de *Pancrace Maasvvik.*

(d) *Leo African.* Deſcript. Afric. Lib. VII. pag. 645. *Edit. Elzevir.* Cela a lieu auſſi dans le Royaume de *Siam*, pour la petite Monnoye; car la groſſe eſt d'argent pur. Voyez *J. Schouten*, *Deſcript. du Royaume de Siam.* (e) *Rochefort*, Deſcript. des Antill. Part. II. Chap. VIII. num. 8. (f) *M. Paul. Venet.* Itiner. Lib. II. Cap. XXXVIII. (g) *Franc. Alvarez*, Cap. XLVI.

*Conventions Humaines*; par où il donne à entendre, que la premiere ſeule eſt le fondement du prix de la Monnoye, entre ceux qui ne ſont pas Membres d'une même Societé Civile.

(2) Les Juriſconſultes Romains découvrent fort bien l'origine & les fondemens de l'établiſſement de la Monnoye. *Origo emendi vendendique à permutationibus cœpit. Olim enim non ita erat nummus: neque aliud* merx, *aliud* pretium *vocabatur: ſed unuſquiſque ſecundùm neceſſitatem temporum, ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri ſupereſt, alteri deſit. Sed quia non ſemper, nec facile concurrebat, ut, cùm tu haberes, quod ego deſiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia eſt, cujus publica ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis ſubveniret: eaque materia forma publica percuſſa, uſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quàm ex quantitate: nec ultra* merx *utrumque, ſed alterum* pretium *vocatur.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda emptione*, &c. Leg. I. Voyez ARISTOT. *Ethic. Nicomach.* Lib. V. Cap. VIII. & Lib. IX. Cap. I. & *Politic.* Lib. I. Cap. VI. (IX.) & *Rhetoric.* Lib. II. Cap. XVI. paſſages que l'Auteur citoit tout du long, mais ſans beaucoup de néceſſité.

§. XIII. (1) Dans un des Dialogues d'ESCHINE, qui nous reſtent, il eſt dit que parmi les *Carthaginois*, on ſe ſervoit pour monnoye de petits ſacs de peau, où chacun mettoit ce qu'il vouloit, de la groſſeur à-peu-près d'un Statère; enſorte que, quoique ceux à qui on donnoit ces petits ſacs ne ſçuſſent point ce qu'il y avoit dedans, ils ne laiſſoient pas de le prendre pour argent comptant, & ils le donnoient ainſi à d'autres comme ils l'avoient reçu. Voyez là-deſſus la Note de Mr. LE CLERC, Dialog. II. §. 24. ESCHINE nous apprend au même endroit, qu'en *Ethiopie* on ſe ſervoit pour monnoye de *Pierres gravées.*

ces ſortes de choſes ne ſont bonnes que pour le commerce en détail. (h) Remarquons encore en paſſant, qu'en certains Païs (i) on eſtime davantage, ou du moins autant (k), le *Fer* & le *Cuivre*, que l'*Or* & l'*Argent*, ſoit à cauſe de l'abondance de ces deux derniers Métaux, ſoit à cauſe du peu d'uſage qu'ils ont d'ailleurs; au lieu que des premiers on fait les inſtrumens les plus néceſſaires à la Vie, & les plus commodes pour une infinité d'Ouvrages. En effet ſans la néceſſité de la Monnoye, le Genre Humain ſe paſſeroit plus aiſément d'*Or* & d'*Argent* que de *Fer* (2).

Au reſte, on prenoit d'abord au poids les piéces de Métal qui avoient cours (l). Et de là vient qu'encore aujourd'hui, parmi pluſieurs Nations, les termes de la Monnoye ſont tirez de ceux des Poids. Mais cela ayant été trouvé trop incommode, on s'aviſa enſuite partout de faire battre des eſpeces d'une certaine groſſeur (3), & marquées au coin de l'Etat; enſorte que cette marque en régle exactement la valeur.

* §. XIV. Quoique la valeur des eſpeces, auſſi-bien que celle de l'Or & de l'Argent maſſifs, dépende de l'*inſtitution* & des Conventions Humaines, les Souverains n'ont pourtant pas un pouvoir ſi abſolu de régler cette valeur, qu'ils ne doivent avoir égard à certaines choſes. Par exemple, chez toutes les Nations dont nous avons connoiſſance, il eſt établi que la Monnoye d'Or vaut plus que celle d'Argent, & celle d'Argent plus que celle de Cuivre; & qu'il doit y avoir une certaine (a) proportion entre l'Or & l'Argent. De-plus la Monnoye ayant été inſtituée pour faciliter le Commerce non ſeulement entre les Citoyens (b) d'un même Etat, mais encore avec les Etrangers: ſi un Souverain hauſſe trop la valeur de ſes eſpeces, il les rend inutiles par rapport aux Etrangers avec qui l'on voudra négocier. Que s'il fait employer de méchant alloi, enſorte que la valeur intrinſeque des eſpeces ſoit moindre que celle des Monnoyes étrangeres; les Etrangers ne voudront pas non-plus trafiquer avec ſes Sujets, qu'en troquant marchandiſe pour marchandiſe: ce qui ne ſuffit pas pour l'entretien du Commerce; à moins qu'il ne ſorte du Païs autant ou plus de marchandiſes que les Etrangers ne leur en envoyent, & que les Etrangers, des marchandiſes de qui ils ont beſoin, n'ayent auſſi beſoin des leurs (c). D'ailleurs comme, après les Immeubles, le principal fond des biens d'une perſonne conſiſte en argent, il eſt clair que ce fond ſeroit conſidérablement diminué, ſi dans les eſpeces, du moins les plus groſſes, il y avoit tant de bas alloi, que leur couleur rougeâtre fît ſentir du premier coup d'œil leur peu de valeur propre & intrinſeque (1). Un ancien Roi du *Boſphore Cimmerien*,

(h) Voyez *Polydor. Virg.* Lib. II. Cap. XX. & *Alex. Neapolit.* Lib. IV. Cap. XV. *Budeus*, ad *Dig.* Leg. I. *de contrah. empt.* p. 278. *& ſeqq.*

(i) Dans le *Congo*. Voyez encore *Herod.* au ſujet des *Ethiopiens*. Lib. III. c. 23. & *Garcilaſſo de la Vega*, Hiſt. des Yncas, Liv. I. Chap. XI. & Liv. V. Chap. VII. comme auſſi l'*Utopie de Th. Morus*. Lib. II. pag. 117.

(k) En certains endroits d'*Arabie*. Voyez *Diod. Sic.* Lib. III. Cap. XLV. *Strabo*, Geogr. Lib. XVI. page 778. *Edit. Pariſ.* 1124 A. *Edit. Amſtel. Almelov.*

(l) Voyez *Plin.* Hiſt. Nat. *Lib. XXXIII. Cap. III.*

* Juſqu'où s'étend le pouvoir qu'ont les Souverains de régler la valeur des eſpeces.

(a) Voyez *Platon*, *in Hipparcho* ſub fin. & *Polyb. Excerpt. Leg. XXVIII.* & *Bodin. de Republ.* Lib. VI. Cap. III. pag. 1071. *& ſeqq. Edit. Francof.* 1622.

(b) Dont aucun ne peut refuſer la Monnoye de ſon Souverain. Voyez *Arrian.* Diſſert. Epiƈtet. *Lib. III. Cap. III. circa init.* pag. 248. *in fin. Edit. Colon.* & *Buchanan*, Hiſt. Scot. Lib. XII. pag. 430. *Edit. Holl.* 1643.

(c) Voyez *Polyb.* Lib. VI. Cap. XLVII. *in fin.*

(2) Voyez l'*Eſſai Philoſophique* de Mr. Locke, ſur l'*Entendement Humain*, Liv. IV. Chap. XII. §. 11.

(3) Juvenal exprime la Monnoye par cette périphraſe:

*Conciſum argentum in titulos, facieſque minutas.*
Satyr. XIV, 291.

Notre Auteur citoit encore ici en paſſant, comme il le dit lui-même, un endroit de Lampridius, Cap. XXXIX. au ſujet de la réformation que fit l'Empereur *Alexandre Severe*, des Monnoyes qu'*Héliogabale* avoit fait frapper.

§. XIV. (1) Pour éviter les fraudes des faux Monnoyeurs, il faut auſſi non ſeulement n'employer que de bon alloi, mais encore faire travailler curieuſement toute la Monnoye; enſorte que le travail, joint à la valeur intrinſeque de chaque piéce, vaille plus que ce pour quoi elle ſeroit employée dans l'uſage. C'eſt la réflexion judicieuſe de Mr. Bernard, que l'on peut voir dans les *Nouvelles de la Republ. des Lettres*, Mars 1704. page 345, 346. Mais lorſqu'il s'eſt gliſſé de la fauſſe Monnoye dans le commerce, les Particuliers n'en doivent pas ſouffrir, & il faut que l'Etat la leur prenne ſur le pied qu'ils l'ont reçuë. Le *Senat de Veniſe* en donna un bel exemple, dont notre Auteur parloit à la fin de ce paragraphe, après André' Morosini, *Hiſt. Venet.* Lib. XIV. page 641. Il citoit auſſi là ce que dit Plin. *Hiſt. Nat.* Lib. VI. Cap. XXII. & Solin. Cap. 53. qu'un Roi de l'Iſle de *Taprobane* admiroit le ſoin qu'avoient les Romains de faire les nouvelles Monnoyes de même poids que les anciennes. Au reſte,

(d) ayant beſoin d'argent, ordonna à tous ſes Sujets de porter celui qu'ils avoyent à la Monnoye, pour le marquer à un nouveau coin. Cela fait, il augmenta du double la valeur des eſpeces, & gagna ainſi la moitié des ſommes qu'il avoit reçues. La néceſſité de l'Etat peut excuſer l'action de ce Prince, bien entendu qu'il ait rétabli enſuite les choſes ſur l'ancien pié dès que ſes affaires le lui permirent; mais on ne ſauroit donner aucune couleur à ce que les Hiſtoriens (e) rapportent de *Nicéphore Phocas*, Empereur d'Orient, qui ayant fait frapper une Monnoye plus légére que celle qui avoit cours, payoit de ce nouvel argent ceux à qui il devoit quelque choſe, mais ne recevoir lui-même dans ſes coffres que des anciennes eſpeces. Quelques Légiſlateurs ont néanmoins introduit des Monnoyes de peu de valeur, en vûë de bannir l'Avarice, le Luxe, & autres Vices ſemblables; c'eſt ainſi que (2) LYCURGUE *décria toutes les Monnoyes d'or & d'argent, & ordonna qu'on ne ſe ſerviroit que de Monnoyes de fer,* (3) *qu'il fit d'un ſi grand poids & d'un ſi petit prix, qu'il falloit une Charette à deux bœufs pour porter une ſomme de dix* (f) *Mines, & une Chambre entiere pour la ſerrer. Cette nouvelle Monnoye*, ajoûte PLUTARQUE, *ne fut pas plûtôt répanduë, qu'elle chaſſa de* Lacédémone *plusieurs ſortes d'injuſtices & de crimes. Qui eſt-ce qui auroit voulu voler, ravir, ou recevoir pour prix de ſon injuſtice, une choſe qu'on ne pouvoit cacher, dont la poſſeſſion n'étoit point enviée, & qui étant miſe en piéces, étoit inutile à tout? Car on dit que les Ouvriers avoient ordre de tremper le Fer tout rouge dans le Vinaigre, pour en émouſſer la pointe, & le rendre inutile à tout autre emploi: ce fer ainſi trempé devenant ſi aigre & ſi éclattant, qu'on ne pouvoit plus ni le battre, ni le forger. Deplus, il chaſſa de* Sparte *tous les Arts inutiles & ſuperflus; & quand il ne les auroit pas chaſſez, la plûpart ſeroient tombez d'eux-mêmes, & s'en ſeroient allez avec l'an-*

(d) *Leucon.* Voyez *Polyæn.* Lib. VI. Cap. IX. *num.* 1. ubi vid. *Pancrat. Maaſvic.* Not. Voyez *Bodin. de Republ.* Lib. VI. C. III. & *Gregor. Tholoſanus*, Syntag. Jur. Univ. Lib. XXXVI. Cap. II.

(e) *Zonar.* &c. Voyez encore dans *Mariana*, Hiſt. Hiſp. *Lib. XIII. Cap. IX.* ce que fit *Alfonſe*, Roi de *Caſtille*.

(f) Environ cinq cens Livres.

à l'exemple que je viens de rapporter, après l'Auteur de la ſage conduite du Sénat de *Veniſe*, il eſt bon d'ajoûter ce que nous avons vû de nos jours en *Angleterre.* Sous le Roi GUILLAUME III. la Monnoye ſe trouvoit dans un très-mauvais état, parcequ'elle avoit été ſi fort rognée ſous les Regnes précédens, qui avoient négligé d'y apporter du remede, qu'elle étoit diminuée de plus du tiers de ſon véritable poids. Cela faiſoit que l'on croyoit avoir ce qu'on n'avoit point: car, quoique la Monnoye n'eût point été hauſſée par autorité publique, elle valloit néanmoins dans le Commerce un tiers de plus que ſon poids ne permettoit; ce qui ruïnoit le Commerce en diverſes manieres. Mr. LOCKE remarqua ce déſordre, & il prédit, que, *dans peu ſi on n'y remedioit, on manqueroit d'argent en* Angleterre *pour acheter du pain.* C'eſt ce qui arriva en MDCXCV. & qui obligea le Parlement à y mettre ordre dès le commencement de l'année ſuivante. Le grand Philoſophe dont je viens de parler, fut un de ceux qui contribuerent le plus à faire comprendre, qu'il n'y avoit pas d'autres moyens de ſauver le Commerce de l'*Angleterre*, que de faire refondre la Monnoye, ſans en hauſſer le prix, aux dépens du Public. Le Parlement, ayant ſuivi les avis que Mr. *Locke* donna dans deux petits Ouvrages publiez ſur ce ſujet, „ fit, au milieu d'une terrible Guerre, une „ réformation dans la Monnoye, que bien des Etats „ auroient de la peine à entreprendre dans la Paix. „ L'on ſçait qu'il y a des Royaumes où l'on hauſſe „ & baiſſe la Monnoye, ſeulement pour attirer l'ar- „ gent des particuliers dans le Tréſor du Prince, ſans „ ſe mettre en peine de la perte que l'Etat y fait; ce „ qui eſt bien éloigné des maximes de l'Angleterre. *Biblioth. Choiſie* de Mr. LE CLERC, Tome VI. page 384, 385, 387, 388. Les deux Piéces dont il s'agit, ſont à la tête du II. Volume des Oeuvres de Mr. LOCKE, & elles peuvent ſervir d'ample commentaire à ce que notre Auteur établit ici. Jamais peut-être on n'avoit tant approfondi la matiere.

(2) PLUTARQUE, dans la Vie de ce Légiſlateur, *page* 44, 45. *Edit. Wech.* Tome I. J'ai ſuivi la Verſion de Mr. DACIER, à un endroit près, dans la ſeconde période, où il avoit mais: *toutes les injuſtices & tous les crimes;* au lieu que l'Original porte: *pluſieurs ſortes* (πολλὰ γένη) *d'injuſtices*, &c.

(3) Il y a eu des Princes qui ont donné cours de Monnoye, mais dans une autre vuë, à d'autres choſes encore plus viles; & à cela ſe rapportent quelques exemples que notre Auteur ajoûtoit ici. Dans la Ville de *Cambalu*, un Grand Chan de *Tartarie* fit marquer d'une empreinte royale des morceaux d'écorce de Meurier, ſous peine de mort à quiconque, dans ſes Etats, refuſeroit de prendre cette nouvelle ſorte de Monnoye, en feroit ou en employeroit d'autre. Les Etrangers même la reçurent, pour l'Or, l'Argent, les Perles, les Pierres précieuſes, qu'ils apportoient; & acheterent en mêmes eſpeces les Marchandiſes qu'ils remportoient chez eux. Par-là ce Prince amaſſa des tréſors immenſes. PAUL *Venet.* Lib. II. Cap. 21. Un méchant Roi de *Perſe* ayant introduit une Monnoye de Cuir, qui fut appellée *Schebreva*, c'eſt-à-dire, établie par la pure volonté du Souverain; cela paſſa en proverbe, quand on vouloit donner à entendre la tyrannie d'un Prince. G. GENTIUS, *ad* SADI *Roſar. Perſic.* Cap. III.

*cienne Monnoye ; les Artiſans ne trouvant pas à ſe défaire de leurs ouvrages , parce que cette Monnoye de fer n'avoit point de cours chez les autres* Grecs*, qui , bien-loin de l'eſtimer , s'en moquoient , & en faiſoient des railleries. Ainſi ceux de* Sparte *ne pouvoient acheter ni Merceries , ni marchandiſes étrangéres ; aucun Marchand n'entroit dans leurs Ports , & dans toute la* Laconie *on n'auroit trouvé , ni Sophiſte , ni Diſeur de bonne avanture , ni Charlatan , ni Vendeur d'Eſclaves , ni Orfévre , ni Joüaillier ; car tous ces gens-là ne cherchent que l'Argent. Par ce moyen le Luxe , denué peu-à-peu de tout ce qui l'enflamme & qui le nourrit , ſe flétriſſoit & tomboit enfin de lui-même.* Mais *Lyſandre* ayant enſuite rétabli la Monnoye d'or & d'argent (g), ramena en même tems dans cet Etat l'Avarice. En general , on peut remarquer partout ailleurs , que ce Vice s'eſt accru à meſure que l'uſage de la Monnoye ſe répandoit ; car tant que les Richeſſes conſiſterent en grains , en bétail , & autres choſes ſemblables , le grand nombre & la vaſte étendue de ces ſortes de choſes , la peine qu'il y avoit à les garder & à les faire valoir , la facilité avec laquelle elles s'uſoient ou ſe corrompoient ; tout cela arrêtoit enfin le déſir d'amaſſer du bien , qui n'a point de bornes depuis que l'invention de la Monnoye d'Or & d'Argent fournit le moyen de poſſeder & d'embraſſer aiſément pluſieurs millions.

(g) *Plutarch.* in Lycurg. *ubi ſuprà* & in *Lyſandr.* circa init. Voyez *Platon , de Legib.* Lib. V. pag. 742. A. Tom. II. *Edit. H. Steph.*

*Il faut ſurtout avoir égard à la valeur des Fonds de terre.*

§. XV. LA Monnoye étant la régle du Prix des autres choſes, il eſt clair qu'on ne doit (a) rien changer à la valeur des eſpeces que dans un grand beſoin de l'Etat, & que quand la néceſſité y oblige (1), il faut faire ce changement le moindre qu'il eſt poſſible , pour ne pas cauſer trop d'embarras dans le Commerce , & de déſordre dans les affaires des Citoyens. Il y a pourtant une choſe à remarquer au ſujet de la valeur perpétuelle des mêmes eſpeces. GROTIUS dit (b) , que l'*Argent monnoyé eſt naturellement ſuſceptible de remplacement par équivalent , non ſeulement à l'égard de ſa matiere , ou même du nom & de la forme particuliere de chaque eſpece ; mais encore d'une façon plus générale , entant qu'on le compare avec toutes les autres choſes , ou du moins avec les plus néceſſaires.* Ces paroles ſignifient, que l'uſage de la Monnoye étant tel , qu'on peut non ſeulement donner une piece pour une autre de même qualité & de même groſſeur, comme cela ſe fait en matiere des autres choſes qui ſont ſuſceptibles de remplacement, mais encore que la Monnoye renferme virtuellement le prix des autres choſes ; ſi une piéce vaut tant ou tant en telle occaſion, c'eſt-à-dire , égale actuellement la valeur d'une autre choſe de différente nature, cela (2) ne vient (c) ni de la matiere ſeule des eſpeces , comme de ce qu'elles ſont, par exemple , d'Or ou d'Argent ; ni du nom & de la forme particuliere qu'elles ont , comme de ce qu'on les appelle des *Ducats* , des *Piſtoles* , des *Ecus* , des *Florins* , &c. ou de ce qu'elles portent une certaine empreinte : mais de la comparaiſon que l'on fait , par rapport à la rareté ou à l'abondan-

(a) De là vient que dans la Loi citée ci-deſſus , §. 12. *Note* 2. il eſt dit , *cujus publica ac perpetua æſtimatio* , &c. Voyez là-deſſus *De Mornac.*

(b) Liv. II. Ch. XII. §. 17.

(c) Voyez la Loi, *ubi ſuprà* ; & Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolution. & Liberat.* Leg. XCIV. §. 1.

§. XV. (1) Voyez la Note 1. ſur le paragraphe précédent. Mr. HERTIUS cite ici DE THOU , *Hiſt.* Lib. VIII. ſur l'année 1551. vers la fin, & Lib. CXXIX. ſur l'année 1602. DE REIDE , *Annal. Belgic.* Lib. V. page 93. *Verſ. Latin.* ſur l'année 1586. GROTIUS, *Hiſt. Belgic.* ſur l'année 1595. Lib. IV. page 213 , 214.

(2) Ce n'eſt point là le ſens de GROTIUS. Mais ce grand Homme veut dire , comme l'a expliqué GRONOVIUS, & comme il paroit aiſément , pour peu que l'on faſſe d'attention à ſes termes & à la ſuite du diſcours , que ſi la Monnoye eſt ſuſceptible de remplacement par équivalent , ce n'eſt pas ſeulement parcequ'on peut donner des *Ecus* , par exemple , pour des *Piſtoles* , ou des piéces de quinze ou de trente ſols pour des Ecus ; mais encore parcequ'on peut donner de l'argent pour du *Bled* , pour du *Vin* , &c. Or , ajoûte-il , à moins qu'on n'en ſoit autrement convenu , cette eſtimation doit ſe faire ſelon la valeur que les choſes ont au tems & au lieu du payement. *Quæ æſtimatio , ſi aliud non convenerit , facienda erit tempore ac loco ſolutionis.* Voyez mes Notes ſur cet endroit. Autre choſe eſt de dire , s'il faut avoir égard au changement de la valeur ou intrinſeque ou extrinſeque des eſpeces , arrivé depuis le commencement de la Dette ; queſtion dont il ſera traité plus bas, Chap. VII. §. 6, 7.

ce, entre l'Argent & les autres choſes, ſurtout les plus néceſſaires à la Vie. Tels ſont principalement les Fonds de terre, d'où provient ou médiatement ou immédiatement, preſque tout ce qui ſert à faire ſubſiſter les Hommes; car comme les revenus en ſont toûjours aſſez égaux, la ſtérilité d'une mauvaiſe année étant compenſée par la fertilité d'une bonne, elles ont une valeur naturelle & intrinſeque fort conſtante, ſur laquelle on régle ordinairement le Prix des autres choſes, du moins de celles qui ne doivent pas toute leur eſtimation au Luxe ou à la Folie des Hommes: & il eſt juſte que ce qui provient ou qui tire ſa nourriture des Terres, vaille plus ou moins ſelon la valeur des Terres mêmes. Maintenant donc que les Terres ſont preſque partout le principal fondement des Patrimoines, il faut que la valeur de l'Argent hauſſe ou baiſſe ſelon qu'il eſt rare ou abondant par rapport aux Terres. En effet, dans les Etats civiliſez le Peuple eſt compoſé en général de deux claſſes: l'une, de ceux qui cultivent la Terre; l'autre, de ceux qui par leur induſtrie s'appliquent en diverſes manieres à procurer ou augmenter les commoditez de la Vie. Si donc, dans le tems que l'Argent roule en abondance, les Terres & ce qui en provient étoient à grand marché, les Laboureurs ſeroient ruïnez infailliblement. Que ſi au contraire, lorſque l'Argent eſt rare, les Terres, & leurs revenus ſe vendoient fort cher, ceux qui ne ſubſiſtent que de leur induſtrie mourroient de faim. L'expérience le prouve inconteſtablement. Lorſqu'une recolte extraordinaire fait que les vivres deviennent à grand marché, ſans que pour cela le travail & les ouvrages de ceux qui vivent de leur induſtrie ſe payent moins que dans les années peu fertiles, on voit que les Laboureurs ne ſont guéres plus à leur aiſe, malgré l'abondance de leurs grains & de leurs fruits. D'autre coté, ſi dans une grande cherté de vivres on ne paye pas davantage le travail des Artiſans que quand ils étoient à meilleur marché, ceux-ci ont bien de la peine à ſubſiſter; mais lorſque la recolte a été médiocre, le commerce des Artiſans & des Laboureurs va le mieux du monde, & l'on ne les entend guéres ſe plaindre, ni les uns ni les autres, de la miſere du tems. D'où il s'enſuit, que pour régler la juſte valeur des Monnoyes il faut avoir égard ſurtout à celles des Terres, principalement dans les Etats où l'on tire preſque tout ſon entretien de ce qui croît ou qui ſe fabrique dans le Païs, & non pas uniquement du Négoce ou de la Navigation.

La valeur intrinſeque de la Monnoye eſt ſujette au changement, auſſi-bien que celle des autres choſes.

§. XVI. De là il paroît, comment il faut décider une queſtion que l'on propoſe, ſçavoir, s'il eſt juſte qu'un Fonds de terre qui étoit eſtimé cent Ecus il y a deux cens ans, vaille davantage aujourd'hui, toutes choſes d'ailleurs égales? & ſi un Ouvrage, qui paſſoit alors pour bien payé à un Ecu, ne l'eſt pas aujourd'hui trop peu? Il y en a qui le nient, par la raiſon que les Ecus d'aujourd'hui ſont de même poids & de même alloi, & ont le même nom & la même forme que les anciens. Mais il faut bien conſidérer ici, que pendant les deux derniers Siécles il nous eſt venu des *Indes* & de l'*Afrique*, une ſi grande quantité d'Or & d'Argent, & qu'on a même tiré tant d'Argent de nos mines d'*Europe*, que la valeur intrinſeque des Monnoyes eſt peu-à-peu conſidérablement diminuée; enſorte que, ſelon le calcul d'un Auteur (a) Moderne, tout doit valoir aujourd'hui dix fois plus qu'autrefois, à cauſe de l'abondance d'Or & d'Argent (1).

(a) *Bodin. de Republ.* Lib. VI. C. II. pag. 1028.

Il

§. XVI. (1) Mr. Hertius cite un Hiſtorien Flamand, qui raconte que la Ville d'*Aarnheim* régala ſplendidement un de ſes Ducs, nommé *Arnaud*, avec la Ducheſſe & une ſuite de 166. perſonnes, ſans qu'il en coûtât tout-à-fait 57. Ecus de ce pays-là. Jo. Isac. Pontan. *Hiſt. Geldr. Lib.* IX. De là vient auſſi qu'en certains endroits il y a des Emplois Publics dont les revenus ſont ſi petits. On a laiſſé les gages ſur le même pied qu'ils avoient été fixez il y a deux ou trois cens ans, ſans conſidérer que mille Ecus aujourd'hui ne valent guéres plus que n'en valoient alors cent.

Il eſt donc à propos, toutes choſes d'ailleurs égales, d'augmenter, ſuivant cette proportion, le prix des Terres, & le ſalaire des Ouvriers (b). Suppoſons que dans un Païs où tout le Commerce ſe fait par un ſimple échange des denrées & des marchandiſes, il y ait peu de Vin, & beaucoup de Froment: en ce cas-là on donnera une grande meſure de Froment pour un petit pot de Vin. Mais ſi l'on s'y met à bien cultiver les Vignes, & à en planter même de nouvelles, enſorte qu'au bout de quelques années on recueille plus de Raiſins qu'on ne faiſoit auparavant; alors ſans contredit on donnera une plus grande meſure de Vin pour la même quantité de Froment. Par la même raiſon, lorſque dans un Païs il y a en général peu d'Argent, en comparaiſon des autres choſes, il faut donner beaucoup de celles-ci pour une petite ſomme. Mais auſſitôt que l'Argent roule en plus grande quantité, les mêmes choſes doivent être payées davantage; car la matiere des Monnoyes pouvant entrer & entrant d'ordinaire dans le commerce par ſa valeur propre & intrinſeque, auſſi-bien que les autres ſortes de marchandiſes; cette valeur doit hauſſer ou baiſſer ſelon qu'il y a peu ou beaucoup d'Or, par exemple. Or le *Prix éminent* de la Monnoye ſuit néceſſairement la valeur intrinſeque des Métaux dont elle eſt faite: car il ne ſeroit pas convenable qu'une égale quanté d'Argent, par exemple, valût beaucoup plus ou beaucoup moins dans un ſeul & même endroit, étant conſidérée comme une marchandiſe, que quand elle tient lieu de Monnoye; c'eſt-à-dire, qu'une ſeule & même choſe, employée pour ſe meſurer elle-même, fût plus ou moins grande entant que meſurée, qu'entant que meſurante. C'eſt la raiſon pourquoi, au lieu que l'abondance d'Argent monnoyé a fait changer le prix de preſque toutes les autres choſes, l'Or & l'Argenr maſſif conſervent néanmoins toûjours leur ancienne valeur; car une Once d'Argent, par exemple, ſe vend aujourd'hui, auſſi-bien qu'autrefois, un Ecu Impérial. En effet, ſi l'Argent maſſif valoit, par exemple, quatre fois plus qu'autrefois, il faudroit donner pour une Once quatre Ecus; deſorte que ſur ce pié-là on ne gagneroit guéres à frapper de la Monnoye. Quand donc on dit, que le prix d'une choſe a changé, il faut bien diſtinguer, ſi c'eſt proprement la valeur intrinſeque de la choſe même, ou bien la valeur de la Monnoye. Le premier arrive, lorſqu'y ayant une même quantité d'Argent, la choſe commence à être ou plus rare ou plus abondante. L'autre, lorſqu'y ayant une même quantité de cette choſe, l'Argent en general commence à rouler plus ou moins dans le Commerce. Deſorte que ſi après une mauvaiſe recolte, on donne trois Ecus d'un boiſſeau de Blé que l'on avoit pour un Ecu quand les vivres étoient en abondance, (c) c'eſt parceque la valeur du Blé a changé, & non pas celle de l'Argent. Mais lorſqu'une Terre qui valoit cent Ecus il y a un ſiécle, en vaut aujourd'hui deux cens, ce n'eſt pas proprement la valeur de la Terre, mais celle de l'Argent, qui a changé (d) La Monnoye cependant n'eſt pas pour cela moins propre à ſervir de meſure commune: car ce changement ne ſe fait pas tout d'un coup, comme il arrive aux autres choſes par mille accidens imprévûs; mais la valeur de l'Argent diminue d'une maniere ſi lente & ſi inſenſible, qu'on ne s'en apperçoit que long-tems après (e).

(b) Voyez *Valer. Maxim.* Lib. II. Cap. III. §. 12.

(c) Voyez *Joſeph.* Bell. Jud. *Lib. V. Cap XIII.* §. 4. *Edit. Hudſon.*

(d) Voyez *Sueton. in Auguſt.* Cap. XLI. *Franc. Lopez de Gomar. Hiſt. Ind.* Cap. CXVII.

(e) Voyez *Jacob. Gothofred* Diſſert. *de mutatione & augmento moneta aurea.*

# CHAPITRE II.

## *Des* CONTRACTS *en general.*

Différence qu'il y a entre une *ſimple Convention*, & un *Contract*, 1. ſelon *Hobbes*.

§. I. L'ORDRE veut que nous traitions préſentement des CONTRACTS, c'eſt-à-dire de ces ſortes d'Engagemens qui ſuppoſent néceſſairement la Proprieté & le prix des choſes.

HOBBES (a) entend par *Contract* en général, *l'Action de deux ou de pluſieurs perſonnes qui ſe transférent mutuellement quelque droit. Or*, ajoûte-t-il, *dans tout Contract, il arrive ou que l'on effectue d'abord de part & d'autre ce dont on eſt convenu ; ou que l'un des Contractans fait ce à quoi il s'eſt engagé, ſe repoſant ſur la bonne foi de l'autre ; ou enfin qu'ils n'exécutent rien ſur le champ ni l'un ni l'autre, mais s'engagent ſeulement pour l'avenir*. Lorſque de part & d'autre on effectue dans le moment ce dont on eſt convenu, c'eſt proprement ce que l'on doit appeller un *Contract*. Mais ſi l'un des Contractans, ou tous les deux enſemble, ſont obligez de ſe fier à la parole l'un de l'autre, & que celui ſur la bonne foi de qui l'on compte promette ſeulement d'exécuter dans la ſuite ce à quoi il s'engage, c'eſt-là, ſelon nôtre Auteur, une *ſimple Convention*.

(a) *De Cive*, Cap. II. §. 9.

Cette diſtinction, comme on voit, n'eſt pas fondée ſur la nature même des *Conventions ſimples* & des *Contracts* ; elle ne regarde que leur exécution. D'ailleurs, l'uſage reçu ne permet pas d'affecter le nom de *Contract*, à une Vente, par exemple, faite argent comptant ; & de n'appeller que *ſimple Convention*, une Vente faite à crédit.

2. Selon les Interprêtes du Droit Romain.

§. II. PRESQUE tous les Interprêtes du Droit Romain regardent le mot de *Convention* comme un terme général qui comprend toutes les affaires que les Hommes font enſemble, & ils la définiſſent, (1) *un accord de deux ou de pluſieurs perſonnes*. Après quoi ils diviſent ce genre en deux eſpeces ; ſçavoir, la *Convention, particulierement ainſi nommée*, & le *Contract*. La premiere eſt *un accord ſans cauſe, & qui n'a point d'ailleurs de nom particulier*, ou ce qui revient, ſelon eux, à la même choſe, *qui par lui-même n'oblige pas civilement*, ou ne donne pas action en Juſtice (2). Ils la ſub-

CHAP. II. §. II. (1) Pactum *autem à pactione dicitur. . . Et eſt pactio, duorum pluriumve in idem placitum conſenſus*. Conventionis *verbum generale eſt, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, tranſigendique cauſâ conſentiunt qui inter ſe agunt*. DIGEST. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*. Leg. I. §. 1, 2, 3. Voyez CUJAS, *Obſerv*. Lib. II. Cap. XV.

(2) *Nec obeſſe tibi poterit, quod dici ſolet*, ex pacto actionem non naſci : *tunc enim hoc jure utimur, cùm pactum nudum eſt*. COD. Lib. II. Tit. III. *De pactis*, Leg. X. *Nam ſi conventio placiti ſine ſtetit ; ex nudo pacto, perſpicis actionem jure noſtro naſci non poſſe*. Lib. IV. Tit. LXV. *De locato & conducto*, Leg. XXVII. Mais les ſimples Conventions fourniſſoient toûjours une exception valable, comme l'Auteur le remarque dans le paragraphe ſuivant ; je veux dire, que quand on avoit ſimplement promis à quelqu'un de ne lui rien demander, ou de ne pas le pourſuivre en Juſtice, comme on avoit droit de le faire ; ſi après cela on intentoit action contre lui, on étoit auſſi-tôt debouté de ſa demande, quoique l'accord n'eût pas été accompagné d'une ſtipulation dans les formes, & que le Défendeur n'eût rien donné ou fait en faveur de ſa Partie, pour ſe libérer envers elle. *Sed quum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat*, &c. DIGEST. Lib. XX. Tit. VI. *Quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur*, Leg. V. *princ. Igitur nuda pactio obligationem non parit, ſed parit exceptionem*. Lib. II. Tit. XIV. *De pactis*, Leg. VII. §. 4. *Si paciſcar*, ne [pro] judicati, vel incenſarum ædium agatur : *hoc pactum valet . . . Nam &* de furto *paciſci lex permittit. Sed & ſi quis paciſcatur*, ne depoſiti agar : *ſecundum* POMPONIUM, *valet pactum*. Ibid. §. 13, 14, 15. *Quædam actiones per pactum ipſo jure tolluntur : ut injuriarum, item furti. De pignore Jure honorario naſcitur pacto actio : tollitur autem per exceptionem, quotiens paciſcor*, Ne petam. *Ibid*. Leg. XVII. §. 1, 2. Voyez auſſi Leg. XXVII. §. 4. En cela, il paroît d'abord aſſez de bizarrerie : car pourquoi une ſimple Convention a-t-elle la vertu d'empêcher qu'on n'obtienne plus ce que l'on pouvoit ſans cela demander légitimement, plûtôt que de donner droit de demander quelque choſe ? Ce qui peut dégager

diviſent en *ſimple Convention* & *Convention non-ſimple ;* celle-ci encore en *Légitime*, & *Ajoûtée.* (3). Voici comment ils entendent cela. Les affaires, diſent-ils, que l'on fait enſemble, renferment quelque choſe de plus qu'une ſimple Convention ou de leur nature, ou ſeulement par le ſecours extérieur que les Loix Civiles leur prêtent. Les premieres ſont telles, ou parcequ'elles quittent le nom general de Convention pour prendre un nom (4) particulier; ou parceque quoiqu'elles n'ayent point de nom affecté ni de forme particuliere, elles ſont fondées ſur quelque (5) *cauſe ;* c'eſt à-dire, ſur ce que l'un des Contractans a donné ou fait actuellement quelque choſe, afin que l'autre executât à ſon tour ce à quoi il s'eſt engagé en ſa faveur. C'eſt-là ce que l'on appelle proprement des *Contracts*, qui par eux-mêmes produiſent une Obligation efficace, & pour leſquels on a trouvé juſte & équitable de donner action en Juſtice. Les autres Conventions, qui n'ayant pas de leur nature cette vertu, l'acquiérent (6) par la confirmation & l'aſſiſtance de quelque Loi, ſont appellées à cauſe de cela en un ſens particulier des *Conventions Légitimes.* Selon les Juriſconſultes, une *Stipulation*, (7) dont les ſimples Conventions ſe trouvent accompagnées, leur communique auſſi la vertu de donner action en Juſtice ; & lorſqu'elles ſont ajoutées aux (8) *Contracts de bonne foi*, elles tiennent de la nature des Contracts mêmes.

d'une Obligation ne doit-il pas être auſſi capable d'en produire une nouvelle? Voyez ci-deſſus, *Liv.* III. *Chap.* V. §. 11. *Note* 2.

(3) L'Auteur remarquoit ici en paſſant, que les plus judicieux Juriſconſultes s'abſtiennent d'appeller *Pactum veſtitum*, ce qu'il nomme ici *Pactum non nudum :* car, dit-il, quoiqu'on parle ainſi en Latin, *ex nulâ gratiâ, ex nudâ benevolentiâ*, on ne diroit pas pour cela, *ex gratiâ veſtitâ.* Toutes ces belles ſubtilitez n'ont point de lieu non-plus en François. Au reſte, notre Auteur, comme nous avons vû qu'il fait ailleurs, a ſuivi ici Struvius, *Syntagm. Jur. Civ.* Exercit. VI. §. 4. *& ſeqq.*

(4) Comme celui de *Vente*, de *Loüage*, de *Societé*, de *Prêt*, de *Dépôt*, &c. [Conventiones] *quæ pariunt actiones, in ſuo nomine non ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen contractus : ut emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum, & ceteris ſimiles contractus.* Digest. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. VII. §. 1. Voyez ci-deſſous, §. 7.

(5) *Sed & ſi in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa : eleganter* Aristo Celſo *reſpondit, eſſe obligationem ; ut puta, dedi tibi rem* ut mihi aliam dares, *dedi* ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα, *id eſt*, contractum *eſſe, & hinc naſci civilem obligationem.* Ibid. §. 2. Voyez, ſurtout ceci, le beau Traité de Mr. Noodt, *De Pactis & Tranſactionibus*, où il a expliqué à fond, & avec ſon exactitude ordinaire, les principes des Juriſconſultes Romains. Conferez auſſi ce que j'ai remarqué ſur Grotius, Liv. II. Chap. XII. §. 3. *Note* 8. au ſujet de la difference que le Droit Romain établit, par rapport à l'effet de l'obligation, entre les Contracts ſans nom, & ceux qui ont un nom affecté.

(6) *Legitima conventio eſt, quæ Lege aliqua confirmatur, & ideò interdum ex pacto actio naſcitur vel tollitur : quotiens Lege, vel Senatuſconſulto adjuvatur.* Ibid. Leg. VI. C'eſt ainſi que par l'Edit du Préteur, une *Hypothéque* eſt bonne & valide, quoiqu'elle ne ſoit fondée que ſur une ſimple Convention. Voyez le même Titre du Digest. Leg. XVII. §. 2. & les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. II. Cap. VIII. Il en eſt de même, lorſqu'on a ſimplement promis de donner tant pour la *Dot* d'une Fille; au moins ſelon le nouveau Droit. Voyez Cod. Lib. V. Tit. XI. *De dotis promiſſione & nudæ pollicitatione*, Leg. VI. je n'alleguerai plus qu'un exemple, c'eſt celui des *Donations entre-vifs :* car l'Empereur Justinien ordonna, qu'encore qu'on n'eût pas livré ce dont on avoit promis de faire préſent, & qu'il n'y eût d'ailleurs aucune ſtipulation dans les formes, on ſeroit néanmoins obligé en Juſtice de tenir exactement ſa parole. Voyez Cod. Lib. VIII. Tit. LIV. *De Donationibus*, Leg. XXXV. §. 5. La fin de cette Loi fait bien voir, pour le dire en paſſant, qu'elle fut établie à la perſuaſion des Eccléſiaſtiques, toûjours attentifs à leurs intérêts, & qui vouloient s'aſſurer par-là l'effet des Donations qu'ils pourroient atrapper de quelque maniere que ce fût. On y traite d'*impies* ceux qui ſe retracteront, après avoir promis de donner quelque choſe, ſurtout pour des cauſes pies, ou aux Gens d'Egliſe, & on les menace des punitions de la Vengeance Divine : Tantoque Magis hæc firma esse, *ſi piis actibus, vel* religiosis personis *donatio deputata ſit. . . . ne in præfatis* [*piis*] *cauſis ex quibusdam machinationibus non ſolum indevotus, ſed etiam* impius donator *intelligatur :* Poenasque *non ſolum legitimas, ſed* coelestes exspectat, &c.

(7) *Hæc verba* [Rogavit Titius, spopondit Mævius] *non tantùm pactionis loco accipiuntur, ſed etiam ſtipulationis. Ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio.* Ibid. Leg. VII. §. 12. Voyez ci-deſſous, §. 5. *Note* 3.

(8) Pourvû, diſent-ils, qu'elles ayent été ajoûtées d'abord après la concluſion du Contract : car il n'en eſt pas tout-à-fait de même de celles que l'on ajoûte quelque tems après. *Solemus enim dicere*, pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis. *Sed hoc ſic accipiendum eſt, ut ſi quidem ex continenti pacta ſubſequuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint : ex intervallo, non inerunt.* Ibid. §. 5. Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, §. 8. & Chap. X. §. 7. A l'égard des *Contracts de droit rigoureux*, les ſimples Conventions, quoiqu'ajoutées ſur le champ, ne font pas partie du Contract, & ne donnent point action en Juſtice, lorſqu'elles augmentent l'engagement. Mais lorſqu'elles le diminuent, elles en-

Réflexions ſur ces idées des Juriſconſultes.

§. III. MAIS la vertu de donner action en Juſtice étant quelque choſe d'extérieur qui ne concerne point le fond même des Engagemens, on ne ſauroit ſe contenter de cette diviſion des Juriſconſultes, qui roule uniquement là-deſſus. D'ailleurs, il eſt clair que le Droit Civil peut refuſer action en Juſtice pour des Conventions même qui ont leur cauſe; ce qui étoit autrefois en uſage parmi les (1) *Indiens* à l'égard de bien des Contracts. Pour la maxime du Droit Romain qui porte que les ſimples Conventions ne donnent point action en Juſtice, il faut diſtinguer entre les *Conventions Affirmatives*, & les *Négatives*. Les dernieres, c'eſt-à-dire, celles par leſquelles on s'engage à ne rien demander, ſont telles & par le Droit Civil & par le Droit Naturel, qu'elles donnent non pas action en Juſtice (2), mais ſeulement exception ou fins de non-recevoir; car l'utilité qui en revient au Défendeur conſiſtant en ce

trent dans le Contract, & fourniſſent au Défendeur une exception valable par le Droit même. Voyez Mr. NOODT dans le Traité ſi ſouvent cité, *De Pactis & Transact.* Capp. XI. XII. *& ſeqq.*

III. (1) L'Auteur le prouve par un paſſage de STRABON Lib. XV. page 709. *Edit. Pariſ.* (1035. *Edit. Amſt.*) où il eſt fait mention du *Dépôt* & d'une autre Convention que CASAUBON avoue ne ſçavoir ce que c'eſt, ἐπιθήκη: ce qui lui fait ſoupçonner, qu'on doit lire συνθήκη. De quelque maniere qu'on liſe, il ſemble qu'on doive expliquer ce paſſage par un autre de NICOLAS *de Damas*, rapporté dans STOBE'E, Serm. XLII. Παρ' Ἰνδοῖς ἐάν τις ἀποστερηθῇ δανείου ἢ παρακαταθήκης, οὐκ ἔστι κρίσις, ἀλλ' αὐτὸν αἰτιᾶται ὁ πιστεύσας. CHEZ *les* Indiens, *ſi l'on refuſe de rendre un argent prêté ou un Dépôt, le Créancier, ou celui qui a confié le Dépôt, n'a point action en Juſtice contre le Débiteur ou le Dépoſitaire: mais il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de ce qu'il s'eſt imprudemment fié à l'autre.* Je ne ſçai pas pourquoi Mr. PERIZONIUS, dans ſes *Notes* ſur *Elien*, Lib. IV. Cap. I. page 326. *Edit. Abr. Gronov.* 1731. explique ces paroles, comme ſi elles vouloient dire ſeulement, que ces ſortes de procez étoient fort rares parmi les *Indiens*. Les mots οὐκ ἔστι κρίσις, ſemblent emporter quelque choſe de plus; auſſi bien que l'expreſſion de STRABON: οὔτε γὰρ ἐπιθήκης, οὔτε παρακαταθήκης ΕΙΝΑΙ ΔΙΚΑΣ. Mais il y a un autre paſſage encore plus fort; c'eſt dans le même Livre, page 702. init. *Edit. Pariſ.* (1027. *Edit. Amſt. Almelov.*) où *Strabon* dit, ſur la foi d'ONESICRITE, que ceux qui habitoient dans cette partie des *Indes* qui étoit ſous l'obéïſſance de *Muſicanus*, *n'avoient action que pour cauſe de Meurtre, ou d'Injures*; δίκην δὲ μὴ εἶναι πλὴν φόνου καὶ ὕβρεως: & cela pour deux raiſons: L'une, que chacun ne peut pas ſe précautionner contre les inſultes d'autrui, comme il peut prendre ſes meſures pour n'être pas trompé dans un Contract, & pour voir avec qui il a à faire: L'autre, qu'il ne faut pas remplir l'Etat de procez. Οὐκ ἐπ' αὐτῷ γὰρ τὸ μὴ παθεῖν ταῦτα· τὰ δ' ἐν τοῖς συμβολαίοις ἐπ' αὐτῷ ἑκάστῳ· ὥστε ἀνέχεσθαι δεῖ ἐάν τις παραβῇ τὴν πίστιν· ἀλλὰ καὶ προσέχειν ὅτῳ πιστευτέον, καὶ μὴ δικῶν πληροῦν τὴν πόλιν. Il me ſemble que tout cela donne aſſez à entendre, que c'étoit un établiſſement fait par autorité publique, afin que les Juges n'euſſent pas la tête rompuë d'un trop grand nombre de procez; & non pas un ſimple effet de la retenue & de la probité des Particuliers, qui faiſoit qu'on voyoit peu de gens intenter procès pour ſe faire rendre ce qu'on leur devoit en vertu d'un Contract. Ainſi il y a beaucoup d'apparence que δίκην μὴ εἶναι, dans NICOLAS *de Damas*, auſſi-bien que οὐκ ἔστι κρίσις, dans STRABON, ſignifient ſimplement, qu'*on avoit point action en Juſtice*. Mais ce qui, à mon avis, acheve de mettre la choſe dans une pleine évidence, c'eſt la comparaiſon de cet endroit d'ARISTOTE. *Ethic. Nicom.* Lib. VII. Cap. XV. Διὸ παρ' ἐνίοις τούτων ΟΥΚ ΕΙΣΙ ΔΙΚΑΙ, où l'on voit préciſément l'expreſſion dont il s'agit; avec un autre paſſage du même Auteur, où elle eſt expliquée dans le ſens que je crois qu'elle a chez *Strabon*, & chez *Nicolas de Damas*, & cela ſur la même matiere: Ἐνιαχοῦ τ' ΕΙΣΙ ΝΟΜΟΙ, τῶν ἑκουσίων συμβολαίων ΔΙΚΑΣ ΜΗ ΕΙΝΑΙ. *Ethic. Nic.* Lib. IX. Cap. I. Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. XVIII. §. 10. *num.* 1. & CUJAS, Obſerv. Lib. XI. Cap. XIX. Bien-plus: dans ELIEN même, quelques lignes après le paſſage de cet Auteur qui donne occaſion à Mr. PERIZONIUS d'expliquer celui de NICOLAS *de Damas*, & de faire entendre qu'il prend au même ſens celui de STRABON; on trouve là, dis-je, que chez les *Sardiens* il y avoit une Loi, portant qu'on pourroit appeller en Juſtice les Fainéans, & leur faire rendre compte de la maniere dont ils ſubſiſtoient. Ce qui eſt exprimé; Τῶν δὲ αὐτῶν ἐστὶ νόμος τοιοῦτος. Ἀργίας ΗΣΑΝ ΔΙΚΑΙ, καὶ τῷ εἰκῇ ζῶντα ἔδει κρίνεσθαι, καὶ διδόναι τὰς εὐθύνας, ἐπιδεικνύντα, ὅθεν ζῇ. Voyez auſſi un paſſage de PLATON, que j'ai cité ci-deſſus Liv. III. Chap. VI. §. 10. *Note* 5. à la fin. Au reſte, notre Auteur remarquoit ici que SENEQUE ſouhaite, dans ſon Traité *des Bienfaits*, Lib. III. Cap. XV. qu'il n'y eût point de Loi qui forçât les Hommes à tenir leur parole, & que chacun s'acquittât de ſon pur mouvement de ce à quoi il ſe ſeroit engagé. Le ſouhait eſt beau & digne d'un Philoſophe: mais l'abolition de toute contrainte en matiere des Engagemens volontaires, eſt impraticable dans l'état où ſont les choſes, & ne peut avoir lieu que dans le pays des idées. Auſſi *Seneque* avouë-t-il au même endroit, que la pratique commune eſt néceſſaire: *Sed neceſſaria optimis prætulerunt*, &c. Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. IV. §. 6.

(2) Voyez ci-deſſus, §. 2. *Note* 2.

que l'autre ne peut rien exiger de lui légitimement, elles ne ſauroient produire d'autre effet que celui de faire débouter le Demandeur de ſes prétenſions. Mais les *ſimples Conventions Affirmatives*, par leſquelles on s'engage à faire ou à donner quelque choſe, ne ſont pas par elles-mêmes (a) incapables de produire une Obligation efficace: & ſi les Loix Romaines leur ont ôté cette force, (3) c'eſt qu'on a voulu étouffer dans leur naiſſance une infinité de procez dont le nombre n'eſt que trop grand ſans cela. On conſidéroit d'ailleurs, qu'il y a bien des Conventions auſquelles on ſe porte ſans beaucoup de réfléxion (autrement pourquoi celui qui veut bien s'engager négligeroit-il les formalitez néceſſaires qu'il eſt facile d'obſerver ?) & que d'autres ſont *ſans cauſe*, ou ſans aucune affaire d'où il revienne quelque utilité à l'un ou à l'autre des Contractans; car c'eſt le ſens auquel les Juriſconſultes Romains prennent le mot de (4) *cauſe* dont ils ſe ſervent ordinairement dans cette matiere. Ainſi, ſuppoſé que deux perſonnes s'engagent l'une envers l'autre à ne pas ſe laver les mains, ou à ne pas ſe peigner, ou à ne pas changer de chemiſe pendant un certain tems, (comme nous ſçavons que l'ont fait quelques Débauchez) à quoi bon leur permettroit-on d'aller rompre la tête au Juge pour faire exécuter de pareilles choſes? On peut même dire, que par le Droit Naturel tout ſeul, ces ſortes de Conventions ou inutiles, ou faites à l'étourdie, n'ont rien qui les rende fort ſacrées & fort inviolables (5).

(a) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Ch. V. §. 9, 10, 11.

§. IV. POUR moi, il me ſemble qu'il faut avoir égard ici à la matiere même des Engagemens, ou aux choſes ſur leſquelles on traite; enſorte que par *Contract* (1) on entende les Engagemens au ſujet des Choſes & des Actions qui entrent en commerce, & qui ſuppoſent l'établiſſement de la Proprieté & du Prix des choſes: & par *ſimples Conventions*, celles que l'on fait ſur tout le reſte. Ainſi il faudra mettre au rang des *ſimples Conventions*, toutes les *Conventions Négatives*, par leſquelles on s'engage à ne pas faire ou à ne pas demander ce que l'on auroit pû faire ou demander de plein droit; comme auſſi celles qui concernent le mouvement de quelque Faculté Naturelle, conſidéré comme tendant uniquement à l'utilité ou à l'avantage mutuel des Contractans, & enviſagé ſimplement en lui-même, ſans aucune eſtimation par laquelle on la compare avec d'autres: En un mot, toute ſorte d'accord & de traité au ſujet de quelque action ou de quelque travail qui ne doit pas ſe faire pour de l'argent. Il y a pourtant pluſieurs affaires de la Vie, auſquelles l'uſage donne indifféremment le nom de *Convention* ou de *Contract*, quoiqu'elles ne regardent pas des choſes qui entrent en commerce. Tel eſt, par exemple, l'acte par lequel on contracte Mariage (2).

3. Selon moi.

(3) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. V. §. 11. *Note* 2.

(4) L'Auteur le prouvoit par ce paſſage de l'*Aſinaria* de PLAUTE, Act. III. Scene I. verſ. 17.

*Ubi quieſco, omnis familiæ* CAUSA *conſiſtit tibi:*

Mais cela ne ſignifie pas, comme il l'explique après quelques Interprêtes, *tout le profit que vous retirez de vôtre Famille.* Il faut traduire au contraire: *Tous les revenus, dont vous faites ſubſiſter vôtre Famille, vous manquent auſſi-tôt que je ne trafique plus de mon métier.* Voyez GRONOVIUS, dans ſes *Obſervations*, Lib. IV. Cap. XXVI. page 419. De-plus, lorſque les Juriſconſultes Romains diſent qu'*une Convention ſans cauſe n'oblige point*, ils n'entendent pas ſimplement par le mot de *cauſe* une affaire d'où il revient quelque utilité à l'un ou l'autre des Contractans; car, quand on dit: *Je vous donne ceci, afin que vous me donniez cela, ou que vous faſſiez cela en ma faveur*; c'eſt un *Contract*: au lieu que ſi l'on diſoit: *Je vous donnerai ceci, pourvû que vous me donniez cela*; ce ſeroit une *Convention ſans cauſe.* Et cependant il y a la même utilité dans l'une & l'autre de ces Conventions. Mais le mot de *Cauſe* ſignifie ici une affaire ou une maniere de s'engager, approuvée & autoriſée pleinement par le Droit Civil. Voyez Mr. NOODT, *De Pactis & Tranſact.* Cap. IX.

(5) Voyez ce que j'ai dit dans la *Note* 6. ſur Liv. III. Chap. V. §. 9.

§. IV. (1) Permis à chacun de diſtinguer & de ranger ſes idées comme bon lui ſemble. Mais la verité eſt, que par le Droit Naturel tout ſeul, il n'y a au fond nulle différence entre les *Contracts*, & les *ſimples Conventions*, par rapport aux effets propres & eſſentiels des Engagemens.

(2) Les Juriſconſultes Romains ne donnent pourtant jamais le nom de *Contract* au Mariage, comme le remarque ici Mr. HERTIUS; quoiqu'ils diſent *contrahere matrimonium*, p. e. DIGEST. Lib. XXIII. Tit. II. *De*

Diviſion des *Contracts*. 1. En *Obligatoires d'une part ſeulement ; Obligatoires des deux cotez ;* & *Mixtes*.

(a) Μονόπλευροι

(b) Δίπλευροι.

§. V. On diviſe les *Contracts* en *Obligatoires* (a) *d'une part ſeulement* , (1) *Obligatoires des deux* (b) *côtez ;* & *Mixtes*, c'eſt-à-dire , qui tiennent des deux premiers Les *Contracts Obligatoires d'une part ſeulement*, n'obligent que l'un des Contractans & ne (2) changent point de nature par un fait poſtérieur. Tels ſont le *Prêt à conſomption*, & la (3) *Stipulation*, ou Promeſſe verbale, faite dans les formes. Les *Contracts Obligatoires des deux côtez* engagent de part & d'autre à executer quelque choſe, enſorte que les deux Contractans s'impoſent réciproquement quelque obligation. Tels ſont le *Contract de Vente ;* le *Contract de Loüage ;* le *Contract de Societé*. On regarde enfin comme des *Contracts Mixtes ;* le *Prêt à uſage*, le *Dépôt ;* le *Gage* ou l'*Hypotheque*. Ceux-ci de leur nature n'obligent d'abord que l'un des Contractans, ſçavoir celui qui reçoit ; comme il paroît par le but principal du Contract. Mais il arrive ſouvent que celui-là même qui donne, entre enſuite, par accident & par un fait poſtérieur, dans quelque Obligation envers celui qui a reçu ; lors, par exemple, que celui-ci a fait des dépenſes néceſſaires pour l'entretien de la choſe, ou qu'il ſouffre à l'occaſion de cette choſe, quelque mal ou quelque perte dont le proprietaire eſt reſponſable : car en ce cas-là il eſt juſte que le Proprietaire le rembourſe & le dédommage.

2. En *Contracts Réels ; Contracts de ſimple conſentement ; Contracts Verbaux ; & Contracts par écrit*.

(a) Voyez *Valer. Maxim.* Lib VIII. Cap. II. §. 2.

§. VI. Une autre diviſion, qui eſt fort commune chez les Juriſconſultes Romains, c'eſt (1) celle des *Contracts Réels ; Contracts de ſimple conſentement ; Contracts Verbaux ; & Contracts par écrit*. Les premiers ſont appellez *Réels*, non pas à cauſe qu'ils ſe font au ſujet d'une certaine choſe ; ( cela leur eſt commun avec les autres Contracts ) mais parceque , pour être en droit de demander la choſe d'où ils tirent leur nom , (2) il faut qu'elle ait été actuellement délivrée. Par exemple, le *Prêt* n'impoſe aucune Obligation que quand on a reçu la choſe empruntée (a). On ne ſauroit non-plus redemander un Dépôt , ſi on ne l'a remis au Dépoſitaire. Car autre choſe eſt un Contract de Prêt ou de Dépôt ; & autre choſe une ſimple Convention ou une ſimple Promeſſe de prêter ou de recevoir en dépôt.

Les *Contracts de ſimple* (3) *conſentement* ſont ainſi appellez , non que les autres Contracts ſe faſſent ſans un conſentement des Parties ; mais parceque ceux-ci ſont les

*ritu Nuptiarum* , Leg. XX. Mais les Conventions faites à l'occaſion du Mariage, ſur ce qui regarde les biens , peuvent former un Contract , ſelon les idées du Droit Romain, & ſelon la définition de notre Auteur. Telle eſt une conſtitution de *Dot* , Dig. Lib. L. Tit. XVII. De regulis Jur. Leg. XXIII. & une *Donation à cauſe de Mariage* , Novell. CXIX. *princip.*

§. V. (1) Cette diviſion ne ſe trouve pas formellement dans le Corps du Droit Romain ; mais la choſe y eſt ſans contredit. Il y a bien une Loi, Digest. Lib. L. Tit. XVI. *De verbor. ſignif.* Leg. XIX. qui ſemble inſinuer que tout *Contract* , proprement ainſi nommé , eſt obligatoire des deux côtez. Mais Voyez Vinnius ſur les *Inſtitutes*, Lib. III. Tit. XIV. §. 2. ou plûtôt le grand Cujas, de qui la ſolution eſt empruntée , *Tome* VII. Opp. *Edit. Fabrott.* page 537 , *& ſeqq.*

(2) Pour entendre cela , il faut lire ce que l'Auteur dit un peu plus bas au ſujet des *Contracts Mixtes*. Voyez Vinnius , ſur les *Inſtitutes* , Lib. III. Tit. XV. §. 2. num. 2.

(3) Dans la *Stipulation* , il falloit que l'un des Contractans demandât , & que l'autre répondît poſitivement de cette maniere : *Me promettez - vous de me donner , ou de faire pour moi telle ou telle choſe ? Oui , je vous le promets.* Verbis *obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione , cùm quid dari fierive nobis ſtipulantur . . . . In hac re olim talia verba tradita fuerunt ;* Spondes ? Spondeo. Promittis ? Promitto. Fidejubes ? Fidejubeo. Dabis ? Dabo. Facies ? Faciam. Instit. *Lib.* III. *Tit.* XVI. *De verborum obligationibus* , princip.

§. VI. (1) *Harum* [ *obligationum , quæ ex contractu ſunt* ] *æque quatuor ſunt ſpecies. Aut enim re contrahuntur , aut verbis, aut litteris , aut conſenſu.* Instit. Lib. III. Tit. XIV. *De Obligationibus* , §. 2.

(2) *Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit.* Digest. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis* , Leg. XVII. *princip.* Voyez le Titre XV. du III. Liv. des Institutes , *Quibus modis re contrahitur obligatio.*

(3) Tels ſont , le Contract de *Vente* , celui de *Loüage* , celui de *Societé* , & le *Mandement* ou la Procuration. *Conſenſu fiunt obligationes in emptionibus , venditionibus , locationibus , conductionibus , ſocietatibus , mandatis. Ideo autem iſtis modis obligatio dicitur conſenſu contrahi : quia neque ſcriptura , neque præſentia omni modo opus eſt. At nec dari quicquam neceſſe eſt , ut ſubſtantiam capiat obligatio : ſed ſufficit eos , qui negotia gerunt , conſentire.* Institut. Lib. III. Tit. XXIII. *De obligationibus ex conſenſu.*

ſeuls qui impoſent l'Obligation de donner ou de faire ce à quoi l'on s'engage, dès le moment que l'un & l'autre des Contractans a donné à connoître ſa volonté par des ſignes convenables, ſans qu'il ſoit néceſſaire que la choſe ait été actuellement délivrée ou effectuée.

Le *Contract Verbal*, autrement nommé *Stipulation* (4) entant qu'il conſiſte en certaines formalitez, ou certaines manieres preſcrites d'interroger & de répondre, eſt entierement inconnu au Droit Naturel. Il n'eſt pas moins contraire aux maximes de ce Droit, qu'une ſimple *Obligation par écrit*, (5) ſans que la choſe que l'on reconnoît devoir ait été livrée, impoſe la néceſſité de la rendre, tout de même que ſi on l'avoit reçuë. Cependant la pratique établie par le Droit Romain eſt viſiblement fondée ſur de bonnes raiſons; car le Juge ne pouvant connoître le fait que par des actes ou par d'autres preuves, du moment qu'il voit une Obligation par écrit, il ne peut que préſumer la verité de la dette, juſqu'à ce qu'on ait prouvé le contraire. Tous les Contracts, au reſte, ont ceci de commun, qu'ils peuvent être mis par écrit, & cela en deux manieres. Car ou il eſt de l'eſſence de l'affaire que le conſentement ſe prête par

(4) Voyez la *Note* 3. ſur le §. précédent.

(5) Avant JUSTINIEN, on pouvoit, pendant cinq ans depuis la datte du Billet d'Obligation, ſe plaindre & ſoûtenir que l'on n'avoit point reçu ce qu'il portoit; mais cet Empereur limita le terme à deux ans. Voyez *Inſtitut*. Lib. III. Tit. XXII. *De literarum obligationibus*. La proteſtation ou la fin de non-recevoir, à laquelle l'Auteur du Billet avoit recours, s'appelle *Querela* ou *exceptio non numeratæ pecuniæ*: & c'étoit à celui de qui l'on confeſſoit avoir reçu, à prouver que l'on avoit reçu effectivement. La raiſon en etoit, comme elle ſe trouve exprimée dans le CODE, que naturellement la négation d'un fait n'eſt pas ſuſceptible de preuve: *Quum inter eum, qui factum adſeverans, onus ſubiit probationis, & negantem numerationem, (cujus naturali ratione probatio nulla eſt, & ob hoc ad petitorem ejus rei neceſſitatem transferentem, magna ſit differentia.* Lib. IV. Tit. XXX. *De non numeratæ pecunia*, Leg. X. Ne diroit-on pas qu'il s'agit d'une Diſpute dans une Auditoire de Philoſophie? Et ſi l'on examine bien la choſe, n'eſt-ce pas au fond l'Auteur du Billet qui affirme & qui ſoûtient la fauſſeté d'un fait, dont l'autre a en main une preuve qui doit être réputée valide tant que le contraire ne paroit point, & en vertu de laquelle celui-ci eſt cenſé ſe tenir ſur la négative, & par conſéquent ſeroit diſpenſé de prouver, ſelon la maxime même dont il s'agit? Feu Mr. COCCEJUS, dans une Diſſertation *De directâ probatione Negativa*, publiée en 1698. a prétendu démontrer, que ſelon les principes même du Droit Romain, on peut prouver directement une négative. Et pour répondre à l'objection tirée de la Loi dont il s'agit, il veut qu'elle ſignifie ſeulement, que ſelon l'ordre naturel des Procedures Judiciaires, c'eſt à celui qui affirme un fait douteux à le prouver. Mais 1. les termes de la Loi, & d'une autre qui ſe trouve au Titre du CODE, *De Probation.* (*quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla ſit*, Lib. IV. Tit. XIX. Leg. XXIII.) ne ſouffrent nullement cette interprétation. Les termes ſont trop clairs & trop forts pour en éluder le ſens qui ſe préſentent d'abord. 2. La derniere Loi ſurtout, ainſi expliquée, contiendroit un raiſonnement abſurde, puiſqu'elle ſe réduiroit à ceci: *Le Demandeur, qui affirme un fait, doit le prouver.* Pourquoi? *Parceque celui qui affirme eſt obligé de prouver.* Or c'eſt donner pour raiſon la théſe même. Au lieu que quand on dit, comme les termes ſignifient manifeſtement: *Parceque naturellement la négation d'un fait n'eſt pas ſuſceptible de preuve*; voilà une raiſon, qui vraye ou non, eſt diſtincte de ce qu'on veut établir. 3. Ainſi il n'y a pas moyen de ſoûtenir, comme on fait ſur ce principe (SAM. DE COCCEII, *Jus controverſ. Civ.* Tome I. page 573.) que régulierement, dans le cas dont il eſt queſtion, le Débiteur devoit prouver qu'il n'a point reçu l'argent dont il a fait ſon billet à l'autre; mais qu'il en eſt diſpenſé, à cauſe que la préſomption eſt ici contre celui qui demande en vertu du Billet. Ce n'eſt point ſur cette préſomption que l'on fonde la difference dans la Loi X. *De non numeratæ pecunia*: mais ſur la raiſon générale alléguée dans la Loi XXIII. *De probationibus.* Pour ce qui eſt de la préſomption en elle-même, on la tire de ce qu'un Créancier n'a pas accoûtumé de compter l'argent avant que de recevoir le Billet d'obligation, que le Débiteur eſt auſſi ſouvent contraint, par ſon indigence, de lui faire & remettre avant que d'avoir touché l'argent. Mais à cela on peut oppoſer d'autres préſomptions pour le moins auſſi fortes. Quelque tenace & défiant que ſoit un Créancier, ne lui ſuffit-il pas de garder ſon argent juſqu'à ce qu'on lui remette le Billet d'obligation? Le Billet peut être tout fait, & prêt à lui être remis au moment qu'il comptera la ſomme promiſe. Et s'il ne l'eſt pas, faut-il tant de tems pour le faire? Il peut arriver auſſi que l'argent ſoit compté ſans qu'il y ait des témoins, & qu'un Débiteur de mauvaiſe foi ſe prévaille de cela pour retenir le bien du Créancier, d'autant plus que l'eſpace accordé au premier pour ſoûtenir qu'il n'a pas reçu, & pour engager par-là l'autre à le prouver, eſt un peu bien long. Quoiqu'il en ſoit, de tout ceci il paroit, que notre Auteur repréſente ici fort mal les idées & les maximes de la Juriſprudence Romaine; puiſqu'il ſuppoſe que celui qui a donné le Billet d'obligation peut & doit prouver qu'il n'a point reçu l'argent: ce qui n'a lieu ni pendant les deux années que l'obligation eſt ſujette à demeurer ſans force, ni après ce terme au-delà duquel toute reſſource lui eſt ôtée, il ne peut rien oppoſer à la demande de ce qu'il a confeſſé avoir reçu. Je ſuis ſurpris que cette inexactitude de notre Auteur n'ait pas été relevée par Mr. HERTIUS, qui ſoûtient d'ailleurs, dans l'endroit auquel il renvoye, que le Droit Romain s'éloigne fort ici de la ſimplicité du Droit Naturel.

(b) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XVI. §. 30. & ci-deſſous, Chap. V. §. 2. *Note derniere.*

écrit, & en ce cas-là le contract n'eſt fait & paſſé que quand l'Ecrit eſt dûement achevé ; ce qui a lieu ſurtout dans les *Contracts de ſimple conſentement*, & autres Conventions ſemblables : ou bien l'acte par écrit ne ſert que de Mémoire & de Certificat d'un Contract déja conclu & arrêté ; (b) & c'eſt ce que l'on préſume dans un doute.

3. En *Contracts ſans nom* ; & *Contracts qui ont un nom particulier.*

§. VII. Les mêmes Juriſconſultes diviſent encore les Contracts en *Contracts ſans nom*, & *Contracts qui ont un nom particulier* (1). Les derniers ſont ceux qui, à cauſe de leur fréquent uſage, avoient un nom propre & affecté, qui marquoit d'abord la forme & la nature de l'affaire dont il s'agiſſoit. D'où vient que dans le Barreau Romain il y avoit de certaines formules fixes & perpétuelles, pour les actions intentées à l'occaſion de ces ſortes de Contracts : au lieu que les autres étant moins ordinaires dans le commerce de la Vie, & ne contenant que ce qui avoit été expreſſément dit & conclu, il n'y avoit point de formule d'action réglée & generale, mais on en dreſſoit une particulière ſelon la nature de la cauſe : & c'eſt pour cela qu'on appelloit la demande, (2) *Action en termes preſcrits* (a). Au reſte, on a raiſon de mettre l'*Echange* (3) au rang des *Contracts ſans nom.* Car quoiqu'il ſemble avoir un nom, il n'en a point, à proprement parler ; parceque ce nom eſt commun à pluſieurs ſortes d'affaires différentes, & qu'il ne fait pas d'abord connoître s'il s'agit de *Donner afin que l'on nous donne* ; ou d'une *Vente*, ou de quelque autre ſemblable Contract.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 3.

4. En *Contracts Bienfaiſans*, & *Contracts Onéreux.* 5. En *Contracts de bonne foi*, & *Contracts de droit étroit.*

§. VIII. Mais la diviſion qui fait le plus à nôtre deſſein, c'eſt celle des *Contracts Bienfaiſans*, ou gratuits ; & des *Contracts Onéreux*, ou intéreſſez de part & d'autre. Les premiers procurent à l'un des Contractans quelque avantage gratuit : & tels ſont le *Prêt à uſage* ; le *Mandement* ou la Procuration ; & le *Dépôt* (1). Les autres aſſujettiſſent chacun des Contractans à une charge ou une condition également onéreuſe qu'ils s'impoſent l'un à l'autre : car dans ces ſortes de Contracts, on ne fait & l'on ne donne rien que pour recevoir autant.

(a) Voyez *Vinnius*, ſur les *Inſtitutes*, Lib. IV. Tit. VI. *De Actionibus*, §. 28.

Cette diſtinction ſemble (a) être le fondement d'une autre, par laquelle on diviſe les Contracts en *Contracts de bonne foi*, & *Contracts de droit rigoureux* : dont les premiers avoient cet effet, par le Droit Romain, qu'ils donnoient *action de bonne foi*, c'eſt-à-dire, que le Juge avoit pleine liberté de prononcer ſelon les maximes de l'Equité (2) ; au lieu que les autres ne donnoient qu'*action de droit rigoureux*, enſorte que le Juge étoit tenu de (3) ſuivre invariablement certaines formules, & de ſe régler ſur ce qui avoit

§. VII. (1) Voyez ci-deſſus, §. 2. *Note* 4, 5.

(2) Par exemple, ſi l'on donne à quelqu'un une choſe à vendre, à condition qu'il retiendra pour lui ce qu'il en pourra trouver au-delà d'un certain prix qu'on lui marque, c'eſt un *Contract ſans nom*, qui donne *action en termes preſcrits. Cùm deficiant vulgaria atque uſitata actionum nomina, præſcriptis verbis agendum eſt : in quam neceſſe eſt confugere, quotiens Contractus exſiſtant, quorum adpellationes nullæ Jure Civili proditæ ſunt. Natura enim rerum conditum eſt, ut plura ſint negotia, quàm vocabula.... Si tibi rem vendendam certo pretio dediſſem*, ut, quò pluris vendidiſſes, tibi haberes, *placet neque mandati, neque pro ſocio eſſe actionem : ſed in factum, quaſi alio negotio geſto.* Digest. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis*, &c. Leg. II. III. IV. XIII. *princip.* Au reſte, pour ce qui regarde la nature des *Contracts ſans nom*, Voyez Mr. Titius, *in Lauterbach.* Obſerv. DCXXI.

(3) Voyez Digest. Lib. XIX. Tit. IV. *De rerum permutatione*, Leg. 1. §. 2.

§. VIII. (1) Pourquoi notre Auteur oublie-t-il la *Donation entre-vifs ?* Il n'en parle pas non-plus dans le Chap. IV. où il faudra ſuppléer, en peu de mots, à ce défaut, autant que l'etenduë d'une Note le permettra.

(2) *Tantumdem in bonæ fidei judiciis officium Judicis valet, quantum in ſtipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Digest. Lib. III. Tit. V. *De negotiis geſtis.* Leg. VII. Au reſte, dans le Droit Romain, le nombre des *Contracts de bonne foi* n'eſt pas bien clairement déterminé, quoiqu'on en trouve une énumération dans les Institutes, Lib. IV. Tit. VI. *De Actionibus*, §. 28, 29. & les Interprétes ne s'accordent pas non-plus là-deſſus. Voyez Mr. Titius, *in Lauterbach.* Obſ. 1148, *& ſeqq.*

(3) Cela alloit ſi loin, que ſi l'on demandoit, par exemple, un Ecu de plus qu'il ne paroiſſoit être dû, on perdoit ſon Procès : *Hic tu ſi amplius HS nummo petiiſti, quàm tibi debitum eſt, cauſam perdidiſti : propterea quod aliud eſt judicium, aliud arbitrium.* Cicer. Orat.

avoit été dit ou écrit. Par le Droit même Naturel, les *Contracts Onéreux* ſont manifeſtement des *Contracts de bonne foi*, c'eſt-à-dire, ſuſceptibles d'une interprétation plus étendue, ſelon les régles de l'Equité; parceque renfermant une Obligation égale de part & d'autre, aucun des Contractans ne ſe trouve par-là ſurchargé. Au contraire, les *Contracts Bienfaiſans* ou gratuits, n'admettent pas une interprétation ſi étendue, & l'on ne peut rien exiger ici de celui qui donne ou qui fait au-delà de ce à quoi il s'eſt expreſſément engagé; autrement il en coûteroit trop pour rendre ſervice aux autres.

Combien il y a de ſortes de *Contracts Onéreux?*

§. IX. ON réduit aſſez commodément tous les *Contracts Onéreux* à ces quatre chefs, (1) *Donner afin que l'on nous donne: Faire afin que l'on faſſe pour nous: Donner afin que l'on faſſe pour nous:* & *Faire afin que l'on nous donne.* GROTIUS (a) omet le troiſiéme chef, s'imaginant qu'il ne differe pas au fond du dernier. Et en effet, il n'y paroît point de différence réelle, puiſque dans tous les deux on donne d'une part, & on fait de l'autre. On pourroit dire néanmoins, que dans le Contract de *Donner, afin que l'on faſſe*, le Contract commence par la délivrance de la choſe, & eſt ſuivi de l'execution de l'action: au lieu que dans celui de *Faire afin que l'on donne*, l'execution de l'action marche devant, la délivrance de la choſe vient après; deſorte que dans le premier, la perſonne qui fait eſt comme l'auteur du Contract; mais dans l'autre c'eſt celle qui donne. Car il y a des Contracts Obligatoires de part & d'autre, dans leſquels bien que l'Obligation des Contractans ſoit égale, elle eſt néanmoins cenſée originairement produite par l'un des deux, qui paſſe pour le premier auteur du Contract. C'eſt ainſi qu'ordinairement le Contract de Vente commence du côté de l'Acheteur; celui de *Loüage*, de la part du Locataire, &c.

(a) Liv. II. Chap. XII. §. 3. *num.* 2.

On rapporte à la premiere claſſe, de *Donner afin que l'on nous donne*, 1. Les Contracts où l'on donne choſe pour choſe; tel qu'eſt l'*Echange* proprement ainſi nommé. Surquoi il faut remarquer une penſée aſſez ſubtile de quelques Juriſconſultes (b), qui diſtinguent le Contract de *Donner afin que l'on nous donne*, pris generalement d'avec l'*Echange* particulierement ainſi nommé, en ce que dans le premier on donne une choſe indéterminée pour une autre auſſi indéterminée, comme un Bœuf, quel qu'il ſoit, pour un Mulet quel qu'il ſoit; ou bien une choſe indéterminée pour une autre déterminée, comme un Cheval, quel qu'il ſoit, pour tel ou tel Bœuf ſpécifié; ou enfin une choſe déterminée, par une autre indéterminée; par exemple, ce Tonneau d'Huile, pour du Froment en general: au lieu que ſi l'on donne une choſe en eſpece pour une autre auſſi en eſpece, par exemple, tel ou tel Bœuf, pour tel ou tel Cheval, c'eſt un *Echange*. 2. Il faut mettre encore dans cette claſſe les Contracts où l'on donne de l'argent pour de l'argent, ou en autres eſpeces, ou pour le faire compter dans un autre lieu: ce qui s'appelle aujourd'hui *Change*. Quelquefois auſſi en donnant de l'argent pour de l'argent, il ſe fait une eſpece de Vente: par exemple, au rap-

(b) Voyez *Mornac. ad Leg. V. Digeſt. de Præſcript. verbis.*

Orat. *pro Q. Roſcio Comœdo*, Cap. IV. *Si quis agens, intentione ſua plus complexus fuerit, quàm ad eum pertineat, cauſſa cadebat, id eſt, rem amittebat: nec facilè in integrum reſtituebatur à Prætore, niſi minor erat viginti quinque annis.* INSTIT. Lib. IV. Tit. VI. *De action.* §. 33. Voyez PLAUT. *Moſtellar.* Acte III. Scene I. verſ. 123. SUETON. *Claud.* Cap. XIV. SENEC. Epiſt. XLVIII. *ibique Intt.* Au reſte, cette exactitude ſcrupuleuſe venoit en partie de ce que ceux qui connoiſſoient des affaires civiles étoient ordinairement des Juges donnez par le Préteur, ou autre Magiſtrat, qui bornoit leur pouvoir, ſelon la nature des choſes dont il s'agiſſoit. Voyez le beau Traité de Mr. NOODT, *De Juriſdictione & Imperio*, Lib. I. Cap. XIII. & ce que j'ai dit dans mon *Diſcours ſur le Bénefice des Loix*, page 30, *& ſuiv.*

§. IX. (1) *Totius ob rem dari tractatus .... in his competit ſpeciebus. Aut enim* do tibi, ut des: *aut* do, ut facias: *aut* facio, ut des: *aut* facio, ut facias. DIGEST. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcript. verb.* &c. Leg. V. *princip.* Voyez ce que j'ai dit ſur l'endroit de GROTIUS cité en marge, *Note* 2.

(c) *Hiſt. Natur.* Lib. XXXIII. Cap. III.

(d) *Victoriatus nummus*

port de (c) PLINE, une petite monnoye (d) où étoit gravée l'image de la Victoire, & qui venoit d'*Illyrie*, (2) s'achetoit comme une marchandiſe. 3. Le *Contract de Vente* en general, où l'on donne une choſe pour de l'argent, eſt du même ordre, auſſi-bien que, 4. Ceux dans leſquels on donne ou l'uſage d'une choſe pour la proprieté d'une autre choſe, comme ſi l'on prête ſon Cheval à un homme pour quelques jours, à condition qu'en revanche il nous fera préſent d'un Livre; ou l'uſage d'une choſe pour l'uſage d'une autre, comme ſi l'on donne du logement chez ſoi à quelqu'un afin que de ſon côté il nous donne l'uſufruit d'un Fonds; ou l'uſage d'une choſe, pour de l'argent, & c'eſt ce que l'on appelle proprement *Contract de Loüage*. 5. Enfin on rapporte encore ici le Contract où l'on donne une choſe, à condition que dans un certain tems, celui qui l'a reçue nous en rende une autre de même valeur & de même ſorte; ce qui s'appelle *Prêt à conſomption*.

La ſeconde claſſe, de *Faire afin que l'on faſſe pour nous*, peut avoir une infinité d'eſpeces, ſelon la diverſité infinie des Actions d'où l'on retire quelque utilité ou quelque plaiſir, & dont on fait une eſpece de commerce (3).

La troiſieme claſſe, de *Donner afin que l'on faſſe pour nous*, comprend, 1. Les Contracts où l'on donne de l'argent pour le travail, le ſervice, ou les actions d'une perſonne qu'on employe, ſurtout dans les affaires ordinaires de la vie. 2. Les *Contracts d'Aſſurance*. 3. Ceux dans leſquels on donne une choſe, ſuſceptible ou non de remplacement, afin que celui qui la reçoit faſſe quelque choſe en nôtre faveur.

La derniere claſſe, de *Faire afin que l'on nous donne*, renferme les Contracts où l'un des Contractans fait quelque choſe en faveur de l'autre, afin que celui-ci lui donne ou une choſe, ou l'uſage d'une choſe, (e) &c.

(e) Voyez tout le Titre du Digeſte, *De Præſcriptis verbis*, Lib. XIX. Tit. V.

(f) *Sigiſm. Bart. in Herberſtein*, pag. 47. *Edit. Baſil.* 1556.

Il peut néanmoins y avoir des *Contracts* qui ne ſe rapportent à aucune de ces claſſes, parcequ'ils roulent ſur une alternative. Tel eſt le (4) *Contract d'eſtimation*, dont les Juriſconſultes Romains traitent. Il y a quelque choſe de fort approchant dans une eſpece de Donation nuptiale qui eſt en uſage chez les *Moſcovites*. (f) *Ceux qui ſont invitez à des Noces, envoyent des préſens à l'Epouſe, & l'Epoux les ſerre, marquant avec ſoin de qui chaque choſe vient. Les Nôces finies, il repaſſe tous ces préſens les uns après les autres, & en renvoyent quelques-uns, avec mille remercimens: il garde ceux qu'il trouve le plus à ſon gré, & les envoye au Marché, pour les faire eſtimer par des Experts. Au bout d'un an, il rend la valeur de chaque choſe ou en argent ou en autres choſes de pareil prix, ſelon l'eſtimation qui en a été faite. Si quelqu'un veut ſe faire trop payer ſon préſent, le nouveau Marié en appelle aux Experts Jurez*,

(2) Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. NOODT, Liv. IV. Chap. IV. où il rapporte une Loi, DIGEST. Lib. XII. Tit. IV. *De condictione cauſâ datâ, cauſâ non ſequutâ*, Leg. ult. qui etant corrigée ſelon une conjecture très-heureuſe qu'il propoſe, fait voir que les Juriſconſultes regardoient comme un Echange, plûtôt que comme une Vente, de donner quelque Monnoye étrangere pour un Eſclave, par exemple. Voyez auſſi BARN. BRISSON. Select. Antiquit. *Lib.* I. *Cap.* VIII.

(3) Cette ſorte de Contract, ajoûtoit ici notre Auteur, eſt appellée par AMMIEN MARCELLIN, *Pactum reddendæ viciſſitudinis*, & par APULE'E, *mutuarias operas cum vicinis cambire*. Le dernier parle de ceux qui vont tour-à-tour travailler aux champs les uns pour les autres: *Ego adeo, ſervos tu an habeas ad agrum colendum, an ipſe mutuarias operas cum vicinis tuis cambias, neque ſcio, neque laboro.* Apolog. page 20. *Edit. Pricæi, cujus vid. Note.* Et dans *Ammien Marcellin*, il s'agit des Troupes auxiliaires que l'on prend à condition d'en fournir autant dans le beſoin. *Hos ſequebantur poteſtate proximi Reges numero quinque, Regaleſque decem, & Optimatum ſeries magna, armatorumque millia triginta & quinque, ex variis nationibus partim mercede, partim pacto viciſſitudinis reddendæ quæſita*, Lib. XVI. Cap. XII. page 156. *Edit. Gronov.*

(4) C'eſt lorſque l'on donne une choſe à vendre à un certain prix, enſorte que celui qui s'en charge eſt tenu de nous rendre ou la choſe même, ou la valeur, ſelon l'eſtimation qui en a été faite. *Cum res æſtimata vendata datur. . . . æſtimatio periculum facit ejus qui ſuſcepit: Aut igitur ipſam rem debebit incorruptam reddere, aut æſtimationem de qua convenit.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. III. *De æſtimatoria.* Voyez PLAUT. *Captive.* Act. II. Scen. III. verſ. 18. *& ſeqq.*

*& l'oblige à s'en tenir à leur eſtimation. Mais ſi au bout de l'année, le nouveau Marié n'a pas rendu ou le préſent même ou la valeur, il eſt condamné à payer le double. Que s'il a négligé de faire eſtimer le préſent par les Experts, il faut qu'il en paſſe par l'eſtimation de celui-là même qui a donné la choſe dont il s'agit. C'eſt même ſur ce pié-là que ſe font en* Moſcovie *toutes ſortes de préſens & de donations parmi les gens du commun* (5).

Au reſte, les Contracts Onéreux, dont nous venons de parler, ont ceci de commun, que quand ils ont été executez de part & d'autre, les Contractans n'ont plus rien à démêler enſemble, du moins au ſujet de l'affaire dont il s'agiſſoit. D'où vient que GROTIUS les (6) oppoſe aux *Contracts qui mettent les choſes en commun :* car l'execution de ceux-ci conſiſte en ce que les Contractans ont à faire l'un avec l'autre pour quelque intérêt égal. Tel eſt le *Contract de Societé*, par lequel deux ou pluſieurs perſonnes mettent en commun, pour l'utilité des unes & des autres, ou de ſimples Actions, ou de ſimples Choſes, ou bien d'une part quelque Action, & de l'autre quelque Choſe.

C'eſt à ces Contracts joints aux *Bienfaiſans* ou gratuits, dont nous avons traité dans le paragraphe précédent, que ſe réduiſent à-peu-près tous les *Contracts Simples*.

§. X. MAIS il y a encore des *Contracts Mixtes*, c'eſt-à-dire, où il entre deux actes de différente nature. Suppoſé, par exemple, que le ſçachant & le voulant on achete une choſe au-delà de ce qu'elle vaut, & qu'on laiſſe au Vendeur le ſurplus du juſte prix, ou qu'on (1) vende une choſe moins qu'elle ne vaut, & qu'on tienne quitte l'Acheteur de ce qui manque : c'eſt en partie un *Achat*, en partie une *Donation*. C'eſt ainſi que *Ceſar*, étant Dictateur, fit adjuger, dans un Encan public, preſque pour rien, à (a) *Servilie*, ſa Maîtreſſe, des Terres d'une très-grande étendue. Si l'on donne à quelqu'un un plus grand ſalaire que ne mérite ſon ſervice, c'eſt en partie un *Loyer*, en partie une *Donation ;* comme le pratiquent quelquefois les Grands, dans la penſée qu'il eſt de leur

Des *Contracts Mixtes*.

(a) *Sueton. in Jul. Ceſar.* Cap. L.

(5) Notre Auteur remarquoit ici ſur la foi de PIETRO DELLA VALLE, Part. II. Epiſt. I. de ſes Voyages, que les *Perſans* offrent & font volontiers des préſens aux Etrangers ; mais que ſi on ne leur en fait pas quelque autre plus beau, non ſeulement ils s'en plaignent hautement, mais ſouvent même ils redemandent ce qu'ils ont donné ou la valeur.

(6) Il les appelle *Diremtorii*, & les oppoſe aux *Communicatorii ;* & non pas, comme il y avoit ici dans toutes les Editions, ſans en excepter la derniere de Mr. *Hertius*, publiée en 1706. *Commutatorii:* car ce ſont les deux eſpeces de ceux que *Grotius* appelle *Permutatorii*. De-plus, il y a ici une bevûe bien plus conſidérable ; car de la maniere que l'Original eſt conçu, on voit clairement que notre Auteur a entendu ce que dit *Grotius : Actus permutatorii, aut dirimunt partes, aut communionem adferunt ;* comme ſi *dirimere partes* ſignifioit, *ſéparer les Parties, ou les Contractans*, faire qu'ils n'ayent plus rien à démêler enſemble. Mais *Grotius* étoit trop exact pour ſe ſervir d'une expreſſion ſi barbare ; & pour peu qu'on examine ſes paroles, on trouvera d'abord, que ſa penſée eſt, que ces ſortes d'actes ou réglent la portion ſéparée que doit avoir chaque Contractant, ou mettent en commun les choſes ſur leſquelles ils traitent enſemble.

§. X. (1) C'eſt-à-dire, enſorte que la ſomme ſoit un peu conſidérable, à proportion de la valeur entiere de la choſe, quoiqu'elle puiſſe être beaucoup au-deſſous du juſte prix : car ſi l'on donne, par exemple, pour un Ecu ce qui en vaut trente ou quarante, la Donation alors domine ſi fort, qu'elle abſorbe la Vente ; & ſi la diſproportion eſt encore plus grande, cela ne peut plus s'appeller vendre que par maniere de jeu. Telle étoit la Vente feinte, qui ſe pratiquoit parmi les *Romains*, où, de quelque prix que fût la choſe que l'on diſoit acheter, on donnoit au Vendeur, avec certaines formalitez, la plus petite piéce de la Monnoye courante ; ce qui s'appelloit, *nummo addicere.* Auſſi ULPIEN dit-il, dans une Loi que Mr. HERTIUS cite ici, qu'une Vente comme celle-là n'eſt point valide, dans les cas où il faut une véritable vente : au lieu que, lorſqu'on vend à très-bas prix, la Vente ſubſiſte, & eſt ſeulement regardée comme tenant de la Donation ; à moins qu'il ne s'agiſſe de gens entre qui il eſt défendu de ſe donner réciproquement. *Si quis donationis causâ minoris vendat, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis cauſâ facta eſt : quotiens vero viliore pretio res, donationis cauſâ, diſtrahitur, dubium non eſt, venditionem valere. Hoc inter ceteros : inter Virum verò & Uxorem, donationis cauſâ venditio facta pretio viliore, nullius momenti eſt.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. emtione*, Leg. XXXVIII. Voyez *Lib.* XIX. Tit. II. *Locati conducti*, Leg. XLVI. Lib. XLI. Tit. II. *De adquirenda vel amittenda poſſeſſione*, Leg. X. §. ult. & le Commentaire de Mr. NOODT ſur le premier de ces titres, *page* 388.

grandeur de payer largement la peine des gens qui travaillent pour eux, & de faire un mélange de Liberalité avec l'execution des engagemens d'un Contract (b). Il en eſt de même ſi l'on cede une partie de ſes gages ou de ſon ſalaire. GROTIUS allégue ici un autre cas. Lors, dit-il, que l'on fait marché avec un Orfevre pour une Bague dont il doit fournir l'or, c'eſt en partie un *Achat* de la matiere, en partie un *Salaire* de la peine de l'Ouvrier. Mais d'autres prennent cela pour un ſimple Achat, parceque la peine de l'Ouvrier entre, auſſi-bien que la matiere de l'Ouvrage, dans le prix d'une choſe à vendre, & qu'il n'importe que l'Ouvrage ſoit déja fait ou à faire. D'ailleurs ce n'eſt pas un vrai *Salaire*, (2) lorſque celui pour qui l'on travaille ne fournit pas lui-même la matiere de l'Ouvrage. Voici d'autres exemples mieux appliquez. Le Bail d'*Emphytéoſe* ſemble mêlé de *Vente*, & de *Loüage ;* quoiqu'une Loi du (c) Droit Romain en faſſe une ſorte particuliere de Contract. Dans un *Contract Féodal*, la conceſſion du *Fief* eſt une eſpece de *Donation ;* parceque le Fief vaut beaucoup plus que les ſervices militaires auſquels le Vaſſal qui en reçoit l'inveſtiture s'engage envers ſon Seigneur. Mais comme le Seigneur exige ces ſervices militaires à cauſe de la protection qu'il accorde à ſon Vaſſal, cela tient quelque choſe du Contract de *Faire*, *afin que l'on faſſe en nôtre faveur ;* & le fond même d'un tel acte ſe rapporte au Contract de *Donner*, *afin que l'on faſſe.* Que ſi le Fief eſt donné à la charge de quelque redevance, ou d'une certaine rente que le Vaſſal doit payer au Seigneur annuellement; à cet égard le Contract tient du *Bail d'Emphytéoſe.* Enfin, *lorſqu'on met de l'argent à la groſſe aventure* (3) c'eſt un mélange de *Prêt*, & de *Contract d'aſſurance*: d'où vient qu'on tire d'un tel argent un intérêt beaucoup plus haut que l'intérêt ordinaire.

(b) Voyez *Matthieu XX*, 9, 10, 11. *Digeſt.* Lib. XXVI. Tit. VII. *De adminiſtr. & peric. tutorum*, &c. Leg. XII. §. 3.

(c) *Cod.* Lib. IV. Tit. LXVI. *De Jure Emphyteutico*, Leg. I.

Pour le *Contract de Societé*, que l'un des aſſociez mette en commun ſon argent & ſa peine, pendant que l'autre ne contribue que de ſon argent, il ne réſulte pas de là néanmoins un Contract Mixte, comme le prétend GROTIUS. Car ces ſortes de Contracts ne ſe forment pas proprement par la diverſité des choſes auſquelles les Contractans s'engagent; puiſque ſi je loue un homme, par exemple, pour travailler à ma Vigne, pour enſemencer mes Terres, & pour cultiver mon Jardin, tout cela ne fait pourtant qu'un ſimple Contract de *Loüage :* mais le mélange vient de ce que par une ſeule & même Convention, on entre à la fois dans pluſieurs engagemens de différente nature. GROTIUS croit encore (d) que d'un acte principal, & des actes acceſſoires qui y ſont joints, il naît un Contract Mixte, comme quand on cautionne pour quelqu'un, ou que l'on donne une choſe en gage. Mais ici il n'a pas non-plus des idées aſſez juſtes ; car tout mélange proprement dit produit une troiſieme eſpece. Or le Cautionnement ou le Gage n'eſt joint au Contract principal que comme une ſureté extérieure, & la dette ne change point de nature par la Caution ou le Gage qu'on y ajoûte, qui ſervent ſeulement à aſſurer le payement au cas que le principal Débiteur ſe trouve inſolvable. Ce n'eſt pas que dans le Cautionnement même il n'y ait, à dire vrai, deux Contracts diſtincts, qui ne paroiſſent d'abord qu'un ſeul ; car la Caution traite en même tems avec le Créancier & avec le Débiteur. Entre la Caution & le Créancier il y a une ſimple Promeſſe, qui engage la Caution envers le Créancier, ſans être néanmoins à proprement parler, la cauſe pour laquelle la Caution eſt obligée;

(d) *Ubi ſuprà*, §. 6.

(2) *Nec poſſe ullam locationem eſſe, ubi corpus ipſum non detur ab eo, cui id fieret.* DIGEST Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. XX. Voyez auſſi INSTIT. Lib. III. Tit. XXV. *De Locat. Conduct.* §. 4.

(3) Voyez ci-deſſous, *Chap.* V. de ce Livre, §. 12. *Note derniere.*

car cette cauſe eſt le Contract principal, dont la Caution a pris ſur ſoi l'Obligation, au défaut du Débiteur : deſorte que la Promeſſe, qui forme l'engagement de la Caution, revêt la nature du Contract, dont le Cautionnement eſt l'acceſſoire. Et ce Cautionnement, conſidéré par rapport au Créancier, n'eſt point un acte bienfaiſant : car la Caution ne donne rien gratuitement au Creancier ; elle ne fait que ſervir au recouvrement de ce qui lui appartient ; deſorte que quoiqu'elle lui procure une ſureté, ce n'eſt pas lui, mais le Débiteur, qui doit lui en avoir de l'obligation ; puiſque le Créancier n'auroit pas prêté ſon argent, ou accordé un plus long terme, ſi quelqu'un n'eût répondu pour le Débiteur. Pour ce qui ſe paſſe entre la Caution & le Débiteur, lorſque la Caution a payé, c'eſt comme un Prêt (4) qu'elle fait au Débiteur ; car elle eſt cenſée, par une fiction de droit, avoir donné de l'argent au débiteur pour payer le Créancier. Ou ſi l'on veut, on peut dire que le Débiteur eſt obligé envers la Caution à lui rendre ce qu'elle a payé par ſon ordre ; enſorte qu'il y ait ici une eſpece de *Mandement* ou Procuration : ce qui reviendra, au fond, à la même choſe. A l'égard du Gage que donne un Débiteur, ce n'eſt pas non-plus un acte bienfaiſant : car le Créancier ne gagne rien à cela, & le Débiteur ne peut point prétendre que le Créancier lui en ſçache aucun gré, puiſqu'il ne lui auroit point prêté ſans cela.

---

## CHAPITRE III.

### *De l'*Egalite' *qu'il doit y avoir dans les* Contracts interessez de part et d'autre.

§. I. Tous les (1) Contracts purement Onéreux, ſurtout lorſqu'ils ſe font dans un Etat où le prix des choſes eſt réglé ou par les Loix, ou le cours du marché & l'uſage du Commerce, ont ceci de commun entr'eux, qu'il doit y avoir une juſte Egalité ; c'eſt-à-dire, qu'il faut que chacun des Contractans reçoive autant qu'il donne, & que ſi l'un d'eux ſe trouve avoir moins, il eſt en droit ou d'obliger l'autre à le dédommager de ce qui lui manque, ou (2) de rompre entierement le Contract. L'équité de cette maxime paroît manifeſtement par le but de ces ſortes de Contracts, qui eſt de recevoir de l'autre Contractant, en conſidération de ce qu'on lui donne, ou de la peine que l'on prend en ſa faveur, quelque choſe d'équivalent, qui eſt tel qu'on aime mieux, pour certaines raiſons, l'avoir en échange que de garder ſon propre bien, ou d'épargner ſa peine. Il y a encore une une autre raiſon,

Il doit y avoir de l'*égalité* dans les *Contracts Onéreux* ou intéreſſez de part & d'autre.

(4) Ces fictions de Droit ne ſont qu'un vain circuit qu'on employe ici ſans néceſſité ; car les Régles de l'Equité toute ſeule ſuffiſent pour faire voir que le Débiteur doit rendre au plûtôt ce que la Caution a payé pour lui, afin de lui rendre ſervice : autrement il lui cauſeroit du dommage : la Caution, comme telle, ne s'eſt point engagée à faire préſent au Débiteur de ce qu'elle payeroit au Créancier. La Donation ne ſe préſume point ici, non-plus qu'ailleurs. Ainſi le Débiteur s'eſt engagé à rendre ce que la Caution auroit payé pour le liberer. Voyez ci-deſſous, *Chap. X. §. 9. & ſuiv.*

Chap. III. §. I. (1) Il y a ici un manifeſte renverſement d'ordre. Car l'Auteur ne traite des *Contracts Bienfaiſans* ou gratuits, que dans le Chapitre ſuivant : ainſi il n'avoit que faire d'expliquer encore l'*égalité* qu'il doit y avoir dans les *Contracts Onéreux*. La même inexactitude ſe trouve dans l'Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. V. & là j'ai pû y remédier aiſément, parcequ'il n'y avoit qu'à tranſpoſer les paragraphes 3. & 4. qui ſe trouvent dans ma Traduction, les 6. & 7. Mais comme il auroit falu déranger deux Chapitres, je n'ai pas oſé prendre cette liberté, & j'ai crû qu'il ſuffiſoit d'avertir les Lecteurs, qu'ils feront bien de ne lire ce Chapitre III. qu'après avoir lû le IV.

(2) J'ai ajoûté ce ſecond membre de la disjonctive, parcequ'il ſe trouve dans l'Abregé *ubi ſuprà* ; & l'on voit bien que l'Auteur avoit oublié ici de mettre l'alternative.

(a) Voyez *Deut. XXV*, 13. & ſuiv. *Dig.* Lib. XLVII. Tit. II. *De Furtis*, Leg. LII. §. 22. & Tit. XI. *De extraord. crimin.* Leg. VI. §. 1, 2. & Lib. XLVIII. Tit. X. *De Lege Cornel. de falſ.* Leg. XXXII. §. 1.

plus préciſe: c'eſt que les Contracts étant néceſſaires pour nous procurer de la part des autres certaines choſes qu'on ne peut point exiger d'eux à la rigueur, il y a lieu de préſumer que quiconque ne donne ou ne fait une choſe que par Contract, ne la donne & ne la fait pas gratuitement, mais dans l'eſpérance de recevoir l'équivalent: ainſi un Contract ne ſauroit nous faire acquérir aucun droit ſur le bien ou les Actions de l'autre Partie, qu'autant qu'elle juge que ce qu'elle donne ou qu'elle fait eſt équipollent à ce qu'elle reçoit de nous à ſon tour (a).

Il faut pour cet effet *déclarer les défauts de la choſe* ſur laquelle on traite.

§. II. Pour découvrir & pour déterminer d'un commun accord cette égalité requiſe, il faut avant que de rien conclure, *Que l'un & l'autre des Contractans ait une égale connoiſſance* (1) *de la choſe même, au ſujet de laquelle ils traitent, & de toutes ſes qualitez qui ſont de quelque conſéquence.* Ainſi quiconque veut ſe défaire d'une choſe en faveur d'un autre, par voye de Contract, eſt tenu de lui découvrir de bonne foi, non ſeulement ce qui eſt capable de la faire valoir, mais encore les défauts qu'il y connoît (2); ſans quoi il n'y auroit pas moyen de régler (3) le juſte prix. Parmi les anciens *Romains*, (4) *la Loi des* XII. Tables *ne rendoit garant le Vendeur d'un Héritage, que des mauvaiſes qualitez qu'il n'avoit pas déclarées en étant expreſſément requis par l'Acheteur; auquel cas il étoit condamné à payer le double. Mais le Droit Civil donna depuis action de Reticence contre ceux qui n'avertiroient pas d'eux-mêmes l'Acheteur de tous les défauts qui leur étoient connus.* Platon (a) établit la même choſe, dans ſes Loix, au ſujet des Eſclaves qui ont quelque maladie cachée: à moins que l'Acheteur ne fût un Medecin ou un Maître d'E-

(a) *De Legibus*, Lib. XI. Tome II. *Edit. H. Steph.* pag. 916.

§. II. (1) Dans le *Cyclope* d'Euripide, lorſque *Siléne* veut vendre du Fromage & du Lait à *Ulyſſe*, celui-ci lui dit de l'apporter hors de ſa Caverne, parceque *le grand jour eſt néceſſaire quand on veut acheter quelque choſe.*

Ἐκφέρετε. φῶς γὰρ ἐμπολήμασι πρέπει.
Verſ. 137.

Voyez Ovid. *de Arte amandi*, Lib. I. verſ. 250, 251. De ces deux paſſages que notre Auteur citoit, le dernier regarde plûtôt la prudence de l'Acheteur, & la circonſpection qu'il doit avoir pour ne pas ſe laiſſer dupper, que l'obligation où eſt le Vendeur de ne point cacher les défauts de ſa marchandiſe. Au reſte, dans le Texte même, j'ai ajoûté, à la fin de cette Régle, les mots ſuivans, *qui ſont de quelque conſéquence.* J'ai pris cela de l'Abregé, *ubi ſuprà*, où l'Auteur s'exprime encore ici plus exactement.

(2) Le Droit Romain veut que l'on s'explique là-deſſus bien clairement, & ſans aucune équivoque. *Dolum malum à ſe abeſſe præſtare venditor debet: qui non tantùm in eo eſt, qui fallendi causâ obſcurè loquitur, ſed etiam qui inſidioſè obſcurè diſſimulat.* Digest. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda emptione*, &c. Leg. XVIII. §. 2. Voici une autre Loi que notre Auteur indique auſſi, où il s'agit des ſervitudes d'un Héritage. *Venditor, ſi, cùm ſciret deberi ſervitutem, celavit, non evadet ex empto actionem: ſi modò eam rem emptor ignoravit. Omnia enim quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. Sed* ſcire *venditorem*, & celare, *ſic accipimus, non ſolùm ſi non admonuit, ſed & ſi negavit ſervitutem iſtam deberi, cùm eſſet ab eo quæſitum.* Lib. XIX. Tit. I. *De actionibus empti & venditi*, Leg. I. §. 1. Voyez tout le Titre I. du Liv. XXI. *De Ædilitio Edicto, & redhibitione, & quanti minoris:* où ſont marquez en détail les défauts des Eſclaves & des Bêtes, dont le Vendeur doit avertir; faute dequoi l'Acheteur peut ou lui faire reprendre ſa marchandiſe, ce qui s'appelle *Redhibition;* ou l'obliger à diminuer le prix, en intentant action *Quanti minoris.* Le premier n'avoit pas lieu, quand le défaut ou la maladie étoit peu conſidérable. *Res bonâ fide vendita, propter minimam cauſam inempta fieri non debet.* Digest. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda empt.* Leg. LIV. C'eſt ainſi que Mr. Noodt explique très-bien cette Loi, dans ſes *Obſervation.* Lib. II. Cap. XI. On peut conſulter ſur toute cette matiere, les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par Daumat, Liv. I. Tit. II. Sect. XI. de la I. Partie: & Mr. Noodt, ſur le Titre du Digeste, *De Ædilitio Edicto*, &c.

(3) Il vaut mieux dire, que ſans cela l'Acheteur n'en voudroit pas tant donner. L'Auteur ſemble ſuppoſer, qu'il y a toûjours un certain prix au-delà duquel on ne peut rien vendre. Mais voyez ce que l'on dira plus bas, ſur le §. 9.

(4) *Ac de jure quidem prædiorum ſancitum eſt apud non Jure Civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quæ nota eſſent Venditori. Nam cùm ex XII. Tabulis ſatis eſſet ea præſtari, quæ eſſent linguâ nuncupata, quæ qui inficiatus eſſet, dupli pœnam ſubiret; à Jureconſultis etiam reticentiæ pœna eſt conſtituta. Quidquid enim eſſet in prædio vitii, id ſtatuerunt, ſi Venditor ſciret, niſi nominatim dictum eſſet, præſtari oportere.* Cicer. *de Officiis*, Lib. III. Cap. XVI. Voyez Aul. Gell. Lib. IV. Cap. II. Lactant. Lib. V. Cap. XVII. Ambros. *de Offic.* Lib. III. Cap. X. Toutes citations de l'Auteur. Il remarquoit auſſi en paſſant, que dans le paſſage de St. Ambroise, ces mots, *doli actione vacuantur*, ne s'accordent pas bien avec la pratique du Barreau Romain. Mais voyez Mr. Noodt, *De forma emendandi Doli mali in contrahendis negotiis admiſſi*, &c. où il montre le contraire.

xercices, qui ne devoient pas avoir beſoin qu'on les inſtruisît de ces ſortes de défauts.

§. III. LA neceſſité de ce Devoir eſt fondée ſur la nature même des Contracts intéreſſez de part & d'autre, & ſur ce qu'autrement l'eſtimation de la choſe ne peut pas être aſſez juſte. Ce n'eſt pas que le lien general de l'Humanité devienne, à proprement parler, plus étroit à l'égard des Contractans, qu'il ne l'eſt par rapport à tous les autres Hommes, ou que les Contractans (1) entrent dans une Societé particuliere, qui les engage réciproquement à d'autres Devoirs, qu'à ceux qui ſuivent de la nature du Contract; car après l'exécution faite de part & d'autre, on ne ſe croit pas obligé plus fortement, ou à plus de choſes, envers ceux avec qui l'on avoit traité, qu'envers toute autre perſonne; quoique les Contracts ſoient ſouvent une occaſion aux Contractans de lier enſemble quelque amitié particuliere.

Ce Devoir ſuit de la nature même du Contract Onéreux.

Mais, d'autre côté, de ce que ſans bleſſer les Loix générales de l'Humanité, on peut ſe diſpenſer d'une choſe, il ne s'enſuit point que l'on ait la même liberté en matiere de Contracts, comme quelques-uns raiſonnent impertinemment. Ainſi, quoique par les ſeules Loix de l'Humanité, perſonne ne ſoit obligé d'inſtruire les autres de l'état de ſes affaires, ou de la qualité de ſes biens, ni de leur communiquer tout ce qu'il fait; cela n'empêche pas qu'un Contractant ne doive découvrir à l'autre les défauts de la choſe au ſujet de laquelle ils traitent enſemble. Quand on n'eſt dans aucun engagement, on peut cacher aux autres bien des choſes, pour joüir tout ſeul d'un profit que certaines circonſtances favorables nous préſentent (a). Si j'ai découvert, par exemple, une mine de Diamans, dans un lieu déſert qui n'appartient à perſonne, je ne ſuis pas obligé de l'indiquer à qui que ce ſoit, & de me priver ainſi moi-même d'une partie du profit que j'en retire. La Parabole Evangélique (b) nous répréſente un homme qui ayant trouvé un Tréſor caché dans un Champ, n'en dit rien (2), parce qu'autrement il n'auroit pas eu le Champ à ſi bon marché (c). Mais en matiere de Contracts, il faut tenir pour maxime inviolable, avec un (3) ancien Romain, qu'*un Ven-*

(a) Voyez un paſſage de *Ciceron*, qui a été cité ci-deſſus, Liv. II. Chap. III. §. 16. à la fin; & St. *Ambroiſe*, qui l'a imité, *Offic.* Lib. III. Cap. IV,

(b) *Matth. XII*, 44. Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 7.

(c) Voyez dans la continuation de *Sleidan*, par *Lindorp*, ſur l'an 607. l'hiſtoire du Payſan qui découvrit les *Samoyédes*, Tome III. pag. 764. *& ſeqq.*

§. III. (1) Quoique notre Auteur ne cite point GROTIUS, il ſemble qu'il en veuille ici à ce grand Homme. Mais ſi cela eſt, comme il y a beaucoup d'apparence (car il le critique en d'autres endroits ſans le nommer); ſi cela eſt, dis-je, il a mal pris ſa penſée. En effet, lorſque GROTIUS dit, Liv. II. *Chap. XII. §. 9. num. 1. qu'il y a entre les Contractans une societé plus particuliere, que celle qui unit generalement tous les Hommes:* cela ſignifie ſeulement, que ceux qui traitent enſemble, s'engagent par-là à certaines choſes auſquelles ils ne ſeroient pas tenus ſimplement entant qu'Hommes; parceque, comme il le dit plus bas, *les Contracts ſe font pour l'avantage mutuel des Contractans.* Mais on ne ſauroit inférer de là, ni que ces engagemens s'étendent au-delà de la nature du Contract, ni que, hors de l'affaire du Contract, les Contractans, comme tels, ſoient obligez à autre choſe les uns envers les autres, que ceux qui n'ont jamais fait enſemble aucun accord ou aucun traité.

(2) Cet exemple ne convient ici qu'en ſuppoſant que le Tréſor n'appartienne pas de droit au Maître du Champ: car ſi les Loix du Pays le lui adjugeoient (comme GROTIUS conclut de cette Parabole même, que cela avoit lieu parmi les *Juifs*), l'Acheteur ſeroit coupable d'un artifice criminel, & d'un larcin indirect, à conſidérer ſon action en elle-même, indépendamment de la Parabole, dont on ſçait qu'il ne faut pas preſſer toutes les circonſtances; comme, par exemple, dans la Parabole de l'Intendant infidele, LUC XVI. 1. *& ſuiv.* & dans celle du Juge inique, Chap. XVIII., 2. *& ſuiv.* Mais pour dire ce que j'en penſe, il eſt fort incertain que, parmi les *Juifs*, un uſage ſoûtenu de l'autorité publique aſſignât le Tréſor au Maître du Champ où il ſe trouvoit: car on n'en allégue d'autre preuve que cette circonſtance même de la parabole, ſurquoi on ne ſauroit compter ſurement. Suppoſé donc que par les Loix Civiles, un Tréſor dont on ignore le Maître, ne doive être ni laiſſé au Proprietaire de l'endroit où il ſe trouve, ni reſervé au Souverain; en ce cas-là, je ne vois pas qu'il y ait aucune friponnerie dans le ſilence de l'Acheteur; puiſque tant que le Maître du Champ n'a pas découvert lui-même le Tréſor, il n'y a pas plus de Droit que tout autre, & que l'Acheteur n'eſt nullement obligé de lui communiquer ſa découverte Voyez ce que notre Auteur a dit Liv. IV. Chap. VI. §. 13.

(3) *Bonæ fidei venditorem nec commodorum ſpem augere, nec incommodorum cognitionem obſcurare oportet.* VALER. MAXIM. Lib. VIII. Cap. II. §. 1. PLATON défend aux Vendeurs de vanter trop leur marchandiſe, & ſurtout de jurer qu'elle vaut tant, ou qu'elle leur coûte tant Ἔπαινος δὲ ὅρκος περί τε παντὸς τοῦ πωλουμένου ἀπέστω. *De Legib.* Lib. XI. pag. 917. C. *Edit.* (*Steph.* 966. B. *Edit. Wech.*) Il leur ordonne, un peu plus haut, de n'avoir pas deux mots; mais de dire d'abord le plus juſte prix.

*deur de bonne foi ne doit ni faire trop valoir les avantages de la choſe dont on eſt en marché, ni dérober tant ſoit peu aux Acheteurs la connoiſſance de ſes défauts.* Les Ouvriers ne peuvent pas non-plus légitimement (4) mettre leur travail ou leurs ouvrages à trop haut prix, ni ſe prévaloir de l'ignorance de ceux qui n'entendent pas le mêtier. Par-là il faut auſſi condamner les gens qui ſe mêlent de faire des Mariages, & qui ne diſent pas la vérité au ſujet de celui ou de celle pour qui ils parlent; outre que (5) *ceux qui ſont trompez ſe haïſſent l'un l'autre, & haïſſent encore plus la perſonne qui les a ſi mal aſſortis.*

S'il faut découvrir ce qui ne concerne pas la choſe même?

§. IV. Mais on demande, (& la queſtion a été agitée par les Anciens) ſi lorſqu'il y a des circonſtances extérieures qui ne regardent pas le fond même de la choſe, & qui peuvent néanmoins contribuer à en augmenter ou à en diminuer le prix, il eſt néceſſaire, & par rapport à l'Acheteur & par rapport au Vendeur, de ſe les découvrir l'un à l'autre franchement? Voici un cas propoſé par Ciceron: (1) *Suppoſons,* dit-il, *que dans le tems que la famine eſt à* Rhodes, *un Marchand, homme-de-bien, y aborde, venant d'*Alexandrie, *avec un Vaiſſeau chargé de Blé. Il ſçait que pluſieurs autres Marchands en apportent du même lieu, & il les a vûs dans ſa route faiſant voile auſſi vers* Rhodes. *Le doit-il dire? ou peut-il n'en point parler afin de mieux vendre ſon Blé? Ce Marchand, que nous ſuppoſons ſage & vertueux, eſt prêt à découvrir tout ce qu'il*

Ὁ πωλῶν ἐν ἀγορᾷ ὁτιοῦν, μηδέ ποτε εἴπῃ δύο τιμὰς ὧν ἂν πωλῇ.

(4) Voicy ce que dit Platon là-deſſus. Καὶ ἀναιρουμένῳ δ' ἔργον ξυμβουλευτὴς νόμος, ἅπερ τῷ πωλοῦντι ξυνεβούλευε, μὴ πλέονος τιμᾶν διαπειρώμενον, ἀλλ' ὡς ἁπλούστατα τῆς ἀξίας ταυτὸν δὲ προστάττει καὶ τῷ ἀναιρουμένῳ. γιγνώσκει γὰρ ὅγε δημιουργὸς τὴν ἀξίαν. ἐν ἐλευθέρων οὖν πόλεσιν οὐ δή ποτε χρὴ τέχνῃ, σαφεῖ τε καὶ ἀψευδεῖ φύσει πράγματι, διαπειρᾶσθαι τῶν ἰδιωτῶν τεχνάζοντα αὐτὸν τὸν δημιουργόν. *De Legibus*, Lib. XI. page 968. D. *Edit. Wech.* „ Ce „ que la Loi recommande aux Vendeurs, elle l'or- „ donne auſſi aux Ouvriers; je veux dire de ne trom- „ per perſonne en mettant leur ouvrage à trop haut „ prix, mais d'en demander de bonne foi la juſte va- „ leur; ſur quoi ils ne ſauroient ſe méprendre eux- „ mêmes, n'y ayant point d'Ouvrier qui ne ſçache ce „ que vaut ſon ouvrage. Ainſi dans une République, „ il ne faut pas qu'un Ouvrier, pour tromper les „ ignorans, abuſe jamais de ſon Art, qui eſt une „ choſe claire de ſa nature, & éloignée de toute ſu- „ percherie. *Page* 921. A. B. *Tome* II. *Edit. Steph.*

(5) C'eſt ce que Socrate dit, après *Aſpaſie*: Τὰς ἀγαθὰς προμνηστρίδας, μετὰ μὲν ἀληθείας τ' ἀγαθὰ διαγγελλούσας, δεινὰς εἶναι συνάγειν ἀνθρώπους εἰς κηδείαν, ψευδομένας δ' οὐκ ὠφελεῖν ἐπαινούσας. τοὺς γὰρ ἐξαπατηθέντας, ἅμα μισεῖν ἀλλήλους τε καὶ τὴν προμνησαμένην. Xenophon, dans les *Choſes mémorables de Socrate*, page 439. *Edit. H. Steph.* Lib. II. Cap. VI. §. 36. *Edit. Oxon.*

§. IV. (1) *Si (exempli gratia) vir bonus* Alexandriâ Rhodum *magnum frumenti numerum advexerit, in* Rhodiorum *inopia & fame, ſummaque annonæ caritate: ſi idem ſciat, complures Mercatores* Alexandriâ *ſolviſſe, naveſque in curſu frumento onuſtas, petentes* Rhodum, *viderit, dicturuſne ſit id* Rhodiis, *an ſilentio ſuum quam plurimo venditurus? Sapientem & bonum virum fingimus: de ejus deliberatione & conſultatione quærimus, qui celaturus* Rhodios *non ſit, ſi id turpe judicet, ſed dubitet an turpe non ſit. In hujuſmodi cauſis aliud* Diogeni Babylonio *videri ſolet, magno & gravi Stoico, aliud* Antipatro, *diſcipulo ejus, homini acutiſſimo.* Antipatro, *omnia patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor norit, emtor ignoret:* Diogeni, *venditorem, quatenus jure civili conſtitutum ſit, dicere vitia oportere, cetera ſine inſidiis agere; & quoniam vendat, velle quàm optimè vendere. Advexi, expoſui, vendo meum non pluris, quàm ceteri, fortaſſe etiam minoris, cùm major eſt copia. Cui ſit injuria? Exoritur* Antipatri *ratio ex altera parte: Quid ais? tu cùm hominibus conſulere debeas, & ſervire humanæ Societati, eaque lege natus ſis, & ea habeas principia naturæ, quibus parere, & quæ ſequi debeas, ut utilitas tua communis utilitas ſit, viciſſimque communis utilitas tua ſit, celabis homines, quid iis adſit commoditatis & copiæ? Reſpondebit* Diogenes *fortaſſe ſic: Aliud eſt celare, aliud tacere: neque ego nunc te celo, ſi tibi non dico, quæ natura Deorum ſit, quis ſit finis bonorum, quæ tibi plus prodeſſent cognita, quàm tritici utilitas: ſed non quidquid tibi audire utile eſt, id mihi dicere neceſſe eſt. Immo verò (inquiet ille) neceſſe eſt, ſi quidem meminiſti eſſe inter homines naturâ conjunctam ſocietatem. Memini, inquiet ille, ſed num iſta ſocietas talis eſt, ut nihil ſuum cujuſque ſit? Quod ſi ita eſt, ne vendendum quidem quidquam eſt, ſed donandum.* De Offic. *Lib.* III. Cap XII. *Non igitur videtur. . . . frumentarius ille* Rhodios. . . . *celare debuiſſe. Neque enim id eſt celare, quidquid reticeas: ſed quum, quod tu ſcias, id ignorare emolumenti tui cauſâ velis eos, quorum interſit id ſcire. Hoc autem celandi genus quale ſit, & cujus hominis, quis non videt? Certè non aperti, non ſimplicis, non ingenui, non juſti, non viri boni: verſuti potius, obſcuri, aſtuti, fallacis, malitioſi, callidi, veteratoris, vafri.* Ibid. Cap. XIII.

(2) L'Auteur

*qu'il ſçait aux habitans de* Rhodes, *ſi une fois il eſt convaincu que les Loix de l'Hônnêteté le lui preſcrivent indiſpenſablement ; il doute ſeulement , ſi cela eſt deshonnête. Là-deſſus* Antipater , *grand Philoſophe & grave Stoïcien , prétend que le Vendeur ne doit laiſſer ignorer aux Acheteurs rien de ce qu'il ſçait* , pas même ce qui ne concerne en aucune maniere le fond de la choſe. *Mais* Diogéne , *ſon Diſciple , ſurnommé le* Babylonien , *& d'un génie fort pénétrant , ſoutient que le Marchand n'eſt tenu qu'à ce qui eſt ordonné par le Droit Civil, ſçavoir, à déclarer les défauts de ſa marchandiſe , & à n'uſer d'ailleurs d'aucune ſupercherie : mais que du reſte , puiſqu'il fait métier de vendre , rien n'empêche qu'il ne profite de la conjoncture pour vendre le plus qu'il pourra. J'ai tranſporté , dira-t-il , mon Blé par mer , je l'expoſe en vente , je ne le vends pas plus cher que ne font les autres , & peut-être que je le donne à meilleur marché qu'eux , lorſqu'il y en a plus grande abondance. A qui fais-je tort ? Mais , répondra* Antipater , *ne devez-vous pas procurer le bien de la Societé Humaine en général ? N'êtes-vous pas né pour cela ? Les principes de la nature auſquels vous devez vous conformer , ne vous portent-ils pas à regarder vôtre intérêt particulier comme l'intérêt de tout le monde , & celui de tout le monde comme le vôtre ? Comment pourriez-vous donc celer aux* Rhodiens , *qui ſont Hommes auſſi-bien que vous , l'abondance qu'ils vont avoir au premier jour de ce qui leur manque préſentement ? A cela* Diogene *répond pour le Marchand : Il y a bien de la différence entre* céler, *& taire. Je ne vous dis point , par exemple , quelle eſt la nature de la Divinité , ni en quoi conſiſte le Souverain bien , choſes néanmoins dont la connoiſſance vous ſeroit infiniment plus utile que celle du Blé qui vous doit venir. Prétendra-t-on pour cela que je vous les céle ? En un mot , je ne ſuis pas obligé de vous apprendre tout ce qu'il vous ſeroit avantageux de ſçavoir. Vous y êtes tenu , repliquera* Antipater , *& vous ne ſauriez en diſconvenir , à moins que d'avoir oublié ce à quoi vous engagent les Loix de la Societé , que la Nature même a établie entre les Hommes. Je ne l'ai pas oublié , repartira* Diogene : *mais ces Loix demandent-elles que perſonne n'ait rien à ſoi ? Si cela eſt , il n'eſt plus permis de vendre , il faut tout donner.* Ciceron ſe déclare (a) enſuite (2) pour l'opinion *d'*Antipater : (a) Cap. XIII. *Il me ſemble ,* dit-il, *que le Marchand de blé ne devoit point céler à ceux de* Rhodes , *ce qu'il ſçavoit des autres Vaiſſeaux qui ſuivoient le ſien. J'avoue que le ſilence n'eſt pas toujours ce que l'on appelle* céler : *mais il eſt tel ſans contredit , lorſque , pour ſon profit particulier , on ne dit pas une choſe , que ceux à qui on la cache ont intérêt de ſçavoir. Et en ce cas-là , qui ne voit que celui qui ſe tait n'eſt pas droit , franc , ſincere , ſans artifice , en un mot véritable homme-de-bien ; mais double , caché , ruſé , fourbe , malin , artificieux , trompeur.* Ciceron fournit pourtant lui-même dequoi juſtifier la conduite du Marchand de blé , puiſqu'il approuve un peu plus bas la définition que propoſoit le Préteur Aquillius du *Dol* ou de la mauvaiſe foi , qui conſiſte , ſelon lui (3) , *à donner lieu de croire une choſe , & tâcher de la perſuader , pendant qu'on en*

(2) L'Auteur diſoit ici, que Ciceron *ſemble pancher vers le ſentiment* d'Antipater ; & Mr. La Placette trouve , comme lui , qu'*il ſemble que le ſentiment du Diſciple plaiſe davantage à* Ciceron *que celui du Maitre.* Mais le paſſage , que je rapporte tout du long , ne permet pas de douter que Ciceron ne prenne hautement le parti du Maître contre le Diſciple.

(3) *Cùm ex eo* [ Aquillio ] *quereretur , quid eſſet dolus malus ; reſpondebat , cùm eſſet aliud ſimulatum , aliud actum.* Ibid. Cap. XIV. Voyez le Traité de Mr. Noodt, *de forma emendandi Doli* , &c. Cap. II. où il montre que ce n'eſt point une définition exacte , & que le Préteur donne ſeulement un exemple de ce qui eſt compris ſous le nom de *Dol* ; enſorte qu'il n'exclut pas la *diſſimulation* , par laquelle on cache ſimplement ce que l'on fait , lorſqu'on eſt obligé de le déclarer , comme Ciceron le ſuppoſe dans le cas dont il s'agit. Ainſi la réfléxion de notre Auteur ne fait rien contre lui , & il ſuffiſoit de répondre , que , bien que ceux à qui l'on cache une choſe ayent intérêt de la ſçavoir , on ne leur fait point de tort , lorſqu'ils n'ont aucun droit d'exiger qu'on la leur découvre ;

*fait une autre :* ce qui ne convient nullement au cas dont il s'agit. On a donc raiſon de ſoûtenir, que ce Marchand ne fit rien d'injuſte en n'avertiſſant point ceux de *Rhodes* de l'approche des Vaiſſeaux qu'il ſçavoit être en chemin (b); car les Loix de la Juſtice demandent ſeulement que l'on découvre ce qui regarde le fond même de la choſe au ſujet de laquelle on traite ; comme ſi la Maiſon à vendre eſt empeſtée, ſi le Magiſtrat a ordonné de la démolir : exemples dont *Ciceron* ſe ſert dans la ſuite. Mais ici le Marchand ne diſſimule rien de ſemblable. Il expoſe ſon Blé en vente, enſorte que tout le monde peut voir, s'il eſt bon; & lorſqu'on l'achete de lui, il vaut véritablement ce qu'il le vend, quoique peu de tems après le prix en doive diminuer. D'ailleurs, ceux de *Rhodes* n'avoient pas un droit, proprement ainſi nommé, de prétendre que le Marchand leur apprît ce qu'il ſçavoit, puiſqu'il ne s'y étoit jamais engagé par un accord fait là-deſſus entr'eux & lui (4). De dire maintenant, s'il pécha contre les Loix de la Bénéficence & de l'Humanité, c'eſt une toute autre queſtion, ſur laquelle je ne ſçaurois non-plus me réſoudre à prononcer contre lui; car l'Humanité ne nous engage à faire du bien aux autres d'une maniere purement gratuite, que quand ils ſont dans un grand beſoin. Or ceux de *Rhodes* étant fort riches, comme l'Antiquité nous les repréſente, ils avoient beſoin de blé, & non pas d'argent. D'ailleurs, on n'eſt point obligé de faire du bien gratuitement, lorſque celui qui donne perdroit plus par-là, que ne gagneroit celui qui reçoit. Or le Marchand auroit perdu davantage en faiſant ſçavoir l'approche des Vaiſſeaux qui devoient arriver, que n'auroient gagné ceux qui achetoient ſon Blé; car s'il le vendit en détail, c'étoit peu de choſe pour chacun que ce qu'on donnoit de plus, en le payant ſur l'ancien pié : que ſi un ou deux Marchands l'acheterent tout en gros, ils ne pouvoient s'en prendre qu'à leur avidité mal concertée, qui les avoit portez à faire une eſpece de monopole pour s'enrichir dans cette triſte conjoncture. Après tout, une Morale ſi rigide en matiere de ces ſortes de choſes eſt incompatible avec la conſtitution ordinaire des affaires de la Vie; & pourvû que les Marchands ne veuillent point nous tromper, nous les diſpenſerons aiſément de nous faire des libéralitez proprement ainſi nommées.

(b) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 9. num. 2.

On n'eſt point obligé de faire mention des défauts connus de part & d'autre.

§. V. Mais pour ce qui regarde les défauts que l'Acheteur lui-même n'ignore pas, il n'eſt point néceſſaire d'en parler : (a) car la connoiſſance qu'il y a de part & d'autre, rend les Contractans parfaitement égaux à cet égard-là. Ciceron nous fournira encore ici un exemple (b). Marc Marius Gratidianus, *ſon Parent, revendit à* Cajus Sergius Orata *une Maiſon qu'il avoit achetée de lui-même quelques années auparavant, & ſur laquelle* Sergius *avoit un droit de ſervitude.* Marius *cependant n'en fit aucune mention dans le marché. L'affaire étant portée en Juſtice*, Craſſus *ſoûtenoit*

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 9. num. 3.

(b) *De Offic.* Lib. III. Cap. XVI.

ce qui a lieu ici par les raiſons déja alleguées, & par celles qu'on ajoûte ci-deſſous.

(4) Ajoûtons deux réflexions que je tirerai de Mr. La Placette, *Traité de la Reſtitution*, pag. 297. I. Il ſemble qu'il n'y ait pas plus de mal à vendre un peu cher ce qui ſe vendra bien-tôt à meilleur marché, qu'à acheter à bon marché ce que l'on ſçait qui doit ſe vendre plus cher quelque tems après. Or les Payens, & particulierement Aristote, ont approuvé l'action de *Thalès*, lequel ayant prévu une ſtérilité qui devoit ſurvenir quelque tems après, fit un grand amas de Bled, dont il profita extrêmement. Voyez ci-deſſous, Chap. V. à la fin. Et pour ce qui regarde les Chrétiens, ils ont l'exemple de *Joſeph*, qui fit la même choſe en *Egypte*. II. Si ce Marchand arrivant à *Rhodes*, eût trouvé qu'on y avoit porté du Bled de quelque autre endroit, & qu'il s'y vendoit à un plus bas prix qu'il ne l'avoit acheté lui-même dans *Alexandrie*, ou ſi, ſans cela, ſon Vaiſſeau eût péri par une tempête; il lui auroit falu ſouffrir cette perte, ſans que perſonne eût penſé, ni dû penſer à l'en dédommager. Pourquoi ne pourroit-il donc pas ſe prévaloir du bonheur qui lui donne le moyen de faire quelque profit ? Sur ce fondement, continue Mr. La Placette, je n'oſerois condamner les Marchands qui ſe prévalent des avis qu'ils reçoivent des Correſpondans qu'ils ont dans les Pays éloignez. Comme ces correſpondances leur coûtent toûjours quelque choſe, il eſt juſte qu'ils en profitent, & je ne ſaurois me perſuader qu'ils ſoient tenus en conſcience d'en faire part à perſonne.

*la Cauſe* d'Orata , *& Antoine celle de* Marius. Craſſus (1) *inſiſtoit ſur la déciſion du Droit , qui veut que le Vendeur ſoit garant des défauts dont il n'a point averti , quoiqu'il les connût très-bien.* Antoine , *d'autre côté , ſe fondoit ſur les maximes de l'Equité , en vertu deſquelles* Marius *vendant la Maiſon à un homme à qui elle avoit appartenu autrefois , & qui ne pouvoit ignorer par conſéquent cette incommodité de la ſervitude , n'avoit point été obligé de l'en avertir ; de ſorte qu'*Orata *n'avoit aucun ſujet de ſe plaindre qu'il l'eût trompé.* C'eſt ſur ce principe que le Conſul *Marius* condamna un homme qui ayant repudié ſa femme ne vouloit point lui rendre ſa dot (c), & pour s'en diſpenſer , lui reprochoit qu'elle avoit commis adultere ; *Marius*, dis-je , condamna cet homme-là , parcequ'on fit voir qu'il n'ignoroit pas les débauches de ſa femme quand il l'avoit épouſée. En effet , comme le diſent les Juriſconſultes Romains , (2) *on n'eſt point cenſé avoir voulu celer à quelqu'un ce qu'il ſçavoit déja , & il n'étoit pas beſoin de l'inſtruire de ce qu'il n'ignoroit pas.* Ainſi une Vente ne peut point être annullée à cauſe de quelques défauts que le Vendeur a lui-même declarez de bonne foi , puiſqu'en ce cas-là il eſt clair que l'Acheteur conſent , & fait là-deſſus ſon compte. HORACE introduit agréablement un homme , qui après avoir vanté en détail les bonnes qualitez d'un Eſclave qu'il veut vendre , dit à celui qui le marchande : (3) *Il n'y a pas un Marchand qui en uſât comme moi. Je ne parlerois pas ſi franchement à tout autre qu'à vous. Il a manqué une fois à faire ce qu'on lui ordonnoit ; & comme cela eſt naturel , il s'alla auſſi-tôt cacher , de peur des* (d) *étrivieres. Achetez-le , ſi cette petite eſcapade ne vous rebute pas. Après cela* , ajoûte le Poëte , *le Marchand peut prendre la ſomme en toute ſureté : car enfin il vous a dit le défaut de l'Eſclave , & vous l'achetez ſur ce pié-là.*

(c) *Plutarch. in* Mario , pag. 427. E. *Edit. Wech.* & *Valer. Max.* Lib. VIII. Cap. II. §. 3. Voyez *Digeſt.* Lib. XLVIII. Tit. V. *Ad Leg. Jul. de adulter.* &c. Leg. XIII. §. 9 , 10.

(d) Voyez *Digeſt.* Lib. XXIX. Tit. V. *de Senatuſconſ. Silan.* &c. Leg. I. §. 33. & Lib. XX. Tit. I. *de Ædilitio Edicto* , Leg. XVII.

§. V. (1) *Jus* Craſſus *urgebat , quod vitii Venditor non dixiſſet ſciens , id oportere præſtari: æquitatem* Antonius ; *quoniam id vitium ignotum* Sergio *non fuiſſet , qui illas ædes vendidiſſet , nihil fuiſſe neceſſe dici ; nec eum eſſe deceptum , qui id , quod emerat , quo jure eſſet teneret.* De Offic. Lib. III. Cap. XVI. Au reſte , pour entendre le ſujet de ce procès , voilà le cas qu'on doit ſuppoſer. *Sergius* ayant deux Maiſons voiſines , en vendit une à *Marius* , & il ſe reſerva pour l'autre un droit de Servitude. Il aliena enſuite celle-ci , & il racheta depuis la premiere de *Marius* , à qui il l'avoit venduë. *Marius* , en la revendant ne parla point de la ſervitude. Là-deſſus *Sergius* prétendoit avoir été trompé , & que ce défaut de la Maiſon venduë n'étoit point entré dans l'eſtimation. J'ai dit , qu'il faut ſuppoſer que *Sergius* eût depuis la premiere vente , aliené la Maiſon voiſine à laquelle étoit attaché le droit de ſervitude qu'il s'étoit reſervé : car ſi elle lui eût encore appartenu , la ſervitude auroit été éteinte , & ainſi de quoi ſe ſeroit-il plaint ? Voyez DIGEST. Lib. VIII. Tit. II. *De Servit. Præd. Urban.* Leg. XXX. Il n'eſt donc pas néceſſaire de corriger dans les Paroles précédentes , *hæ ſerviebant* , pour *hæ* SERGIO *ſerviebant* : comme fait FRANÇOIS BAUDOUIN , *Juriſprud. Mucian.* page 241. & *ad Papin. De Evictione* , in fin. *page* 364. Il ſe fonde ſur ce que le Proprietaire même ne peut pas avoir un droit de Servitude ſur ſon propre bien : & ſur un autre paſſage de *Ciceron* , où en parlant de la même affaire , ce grand Orateur dit ſimplement : *neque ſervire quandam earum ædium partem , in mancipi lege , dixiſſet*, &c. *De Orator.* Lib. I. Cap. 39. Mais on ne peut rien inferer de là ; car Ciceron y rapporte le cas d'une maniere ſi abregée , qu'on ne ſçauroit l'entendre ſuffiſamment : & il n'y dit rien de cette circonſtance eſſentielle , que *Sergius* avoit lui-même vendu autrefois la Maiſon à *Marius*. Ainſi l'omiſſion de celui au Fonds duquel étoit duë la Servitude , n'autoriſe pas à effacer le mot *Sergio* dans l'autre paſſage , où il n'y a aucune Edition , ni aucun Manuſcrit qui varie le moins du monde. Et puiſqu'on peut aiſément expliquer le cas de la maniere que je viens de dire , enſorte que l'autre objection de BAUDOUIN , tirée des principes du Droit s'évanouït ; rien n'oblige à en venir ici au dernier remede de la Critique. Il auroit été bon néanmoins , que les Editeurs des Oeuvres de CICERON euſſent eu connoiſſance de la correction de ce grand Juriſconſulte , pour la rapporter du moins , & donner lieu à d'autres de lever les difficultez qu'ils n'ont pas ſenties apparemment. Cela vaudroit mieux que tant de bagatelles dont leurs Notes ſont remplies.

(2) *Hæc ita vera ſunt , ſi emptor ignoravit ſervitutes : quia non videtur eſſe celatus , qui ſcit ; neque certiorari debuit , qui non ignoravit.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. I. *De actionibus empti & venditi* , Leg. I. §. 1. Voyez auſſi Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* &c. Leg. XLIII. §. 1. LVII. §. 3. & Lib. XXI. Tit. I. *De Ædilitio Edicto*, Leg. XIV. §. 10. Toutes citations de l'Auteur.

(3) *Nemo hoc mangonum faceret tibi : non temerè à me*
*Quivis ferret idem : ſemel hic ceſſavit , & ut fit ,*
*In ſcalis latuit metuens pendentis habenæ.*
*Des nummos , excepta nihil te ſi fugâ lædit.*
*Ille ferat pretium , pœnæ ſecurus , opinor.*
*Prudens emiſti vitioſum ; dicta tibi eſt lex.*
Lib. II. Epiſt. II. verſ. 12. *& ſeqq.*

J'ai ſuivi la verſion du P. TARTERON. Voyez encore *Lib. II. Satyr.* III , 285 , 286.

On ne doit forcer perſonne à traiter.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 10.

§. VI. Une autre maxime, qui a lieu dans toutes ſortes de Conventions, *mais principalement* dans les Contracts, c'eſt qu'aucun des Contractans ne doit ſe ſervir d'une crainte injuſte pour forcer l'autre à traiter. (a) C'eſt ainſi qu'autrefois les *Lacédémoniens* condamnerent ceux d'*Elée* à rendre des Terres qu'ils poſſedoient en vertu d'une Vente forcée : *car*, ajoûte l'Hiſtorien qui le rapporte, *ils ſçavoient bien qu'il n'y a pas* (1) *moins d'injuſtice à ſe prévaloir de ce qu'on eſt en état de contraindre un Proprietaire à vendre ſon bien, qu'à le lui enlever de vive force.* L'hiſtoire de *Verres*, Gouverneur pour les *Romains* en *Sicile*, fournit auſſi un exemple remarquable. Ce fameux Scélérat avoit enlevé preſque toutes les Statues, les Peintures, les Tapiſſeries, les Vaſes précieux, & autres raretez d'une ſi belle Province. Après quoi quand il fut accuſé à *Rome*, il croyoit pouvoir ſe diſculper, en diſant : *J'ai acheté tout cela. Mais* (2) répondit Ciceron, *quand je tomberois d'accord que vous l'auriez acheté, croyez-vous qu'il ſoit permis à un Préteur d'acheter tant de Meubles précieux dans ſon Gouvernement, c'eſt-à-dire, dans un Païs où il a une puiſſance preſque ſouveraine? Admirez, Meſſieurs, la ſageſſe de nos Peres, qui dans un ſiecle plein d'innocence, n'ont pas laiſſé d'aller au-devant de la moindre corruption. Ils n'ont pas permis à un Magiſtrat d'acheter un Eſclave, que pour le mettre en la place d'un autre qui ſeroit mort à ſon ſervice, & dans la Province : car pour de la Vaiſſelle d'argent ou des Meubles, comme le Public leur en fourniſſoit, ils ne ſe ſont pas imaginé qu'il pût jamais y avoir un homme aſſez extravagant pour en acheter. Pourquoi penſez-vous, Meſſieurs, qu'ils ayent été ſi ſeveres en ce point? C'eſt qu'ils ont crû, que c'eſt un vol, & non un achat, quand le Vendeur n'a pas la liberté de mettre le prix à ſa marchandiſe. Ils ont bien vû, que s'il étoit permis à un Gouverneur d'acheter, il ne payeroit pas la juſte valeur des choſes, qu'il forceroit les Particuliers à vendre ce qu'ils voudroient peut-être bien conſerver.* Voila ce que dit l'Orateur Romain. Il arrive ſouvent néanmoins (3) que le Souverain uſe de ſon autorité pour contraindre ſes Sujets, tant ceux qui ne le ſont qu'à tems que les Citoyens perpetuels, à faire certains Contracts, ſurtout de Vente ou de Louage, comme quand on oblige les Marchands à débiter des Denrées ou des Marchandiſes dont le Public a grand beſoin; les Ouvriers ou les Artiſans, à travailler; les Païſans, à fournir des Chariots & des Voitures; les

§. VI. (1) Γνόντες μηδὲν δικαιότερον εἶναι βίᾳ πριαμένους, ἢ βίᾳ ἀφελομένους, παρὰ τῶν ἡττόνων λαμβάνειν. Xenoph. Hiſt. Græc. Lib. III. pag. 228. *Edit. H. Steph.* Cap. II. §. 22. *Edit. Oxon.*

(2) *Verbo jam uno repellar. Emi, inquit . . . Primùm, ſi id, quod vis tibi ego concedam, ut emeris . . . . quæro, cujuſmodi tu judicia* Romæ *putaris eſſe, ſi tibi hoc quemquam conceſſurum putaſti; te in Prætura atque imperio tot res, tam pretioſas, omnes denique res, quæ alicujus pretii fuerint, tota ex Provincia coëmiſſe. Videte Majorum diligentiam, qui nihil dum etiam iſtiuſmodi ſuſpicabantur: verumtamen ea quæ parvis in rebus decidere poterant, providebant. Neminem, qui cum poteſtate aut legatione in Provinciam eſſet profectus, tam amentem fore putaverunt ut emeret argentum; dabatur enim de publico: ut veſtem; præbebatur enim legibus: mancipium putaverunt; quo & omnes utimur: & non præbetur à populo. Sanxerunt,* Ne quis emeret mancipium, niſi in demortui locum. *Si qui* Romæ *eſſet demortuus? imò ſi quis ibidem. Non enim te inſtruere domum tuam voluerunt in Provincia; ſed illum uſum Provinciæ ſupplere. Quæ fuit cauſa, cur tam diligenter nos in Provinciis ab emtionibus removerent? hæc Judices, quod putabant ereptionem eſſe, non emtionem, cùm venditori ſuo arbitratu vendere non liceret. In Provinciis intelligebant, ſi is qui eſſet cum imperio ac poteſtate, quod apud quemque eſſet emere vellet, idque ei liceret: fore uti, quod quiſque vellet, ſive eſſet venale, ſive non eſſet, quanti vellet, auferret.* In Verr. *Lib.* IV. *Orat.* IX. *Cap.* V. J'ai ſuivi la verſion de Mr. de Maucroix, qui quoique peu litérale, eſt aſſez fidéle. L'Auteur citoit encore Digest. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda empt.* &c. Leg. XLVI. LXII. & Lib. XLVIII. Tit. XI. *De Lege Julia repetundarum*, Leg. VIII. §. 1. & Cod. Lib. IX. Tit. XXVII. Leg. VI. & Lib. II. Tit. XX. *de his quæ vi, metuſve cauſa geſta ſunt*, Leg. XI. *Conſtitut. Sicul.* Lib. I. Tit. LXXVIII. §. 1. Tacit. Annal Lib. XIV. Cap. XIV. *in fin.* & ce que Dion Cassius rapporte de Céſar, que quand il ne trouvoit plus d'autre prétexte pour extorquer de l'argent, il l'empruntoit, quoiqu'il ne penſât à rien moins qu'à le rendre, & qu'il le prît même par force à ceux qui refuſoient de lui en prêter. *Lib.* XLII. page 235. B. *Edit. H. Steph.*

(3) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. III. §. 12.

Maîtres de navire, à loüer leurs Vaiſſeaux. Si la néceſſité ou le bien de l'Etat le demande, & que l'on paye à juſte prix le travail & les marchandiſes, il n'y a là rien que de très-légitime. Il eſt auſſi aſſez ordinaire que le Magiſtrat oblige les Particuliers à n'acheter certaines ſortes de choſes que de certaines perſonnes, ou dans un Magaſin établi pour ce commerce.

§. VII. AU reſte, l'egalité dont il s'agit, n'a point de lieu dans les *Contracts Bienfaiſans* ou gratuits (a); car lorſqu'on ſtipule un Salaire égal à la peine que l'on prend, (1) ce n'eſt plus un Contract gratuit, c'eſt une affaire de toute autre nature. Que ſi l'on fait quelque préſent en forme de récompenſe (2), le Contract tient alors un peu de celui de Loüage. Il peut néanmoins arriver par accident, que l'on doive obſerver dans le *Mandement* ou la Commiſſion, & dans le *Dépôt*, une eſpece d'égalité indirecte, lorſque le Procureur ou le Dépoſitaire ont été obligez de faire quelques dépenſes pour l'affaire ou la choſe dont ils s'étoient chargez. Car dans ces ſortes d'Engagemens, on ne donne gratuitement que ſa propre peine: & pour les frais que demande l'exécution, il y a une eſpece de Contract (3) tacite de Prêt, en vertu duquel on peut ſe faire rembourſer exactement (b) tout ce que l'on a fourni.

L'égalité n'a point de lieu dans les *Contracts Bienfaiſans*.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 11.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti vel contrà*, Leg. XII. *princip.*

§. VIII. * MAIS en matiere de *Contracts Onéreux*, l'egalité eſt ſi fort néceſſaire, qu'il n'y a point de préſomption d'un don gratuit, qui puiſſe diſculper ceux qui prennent plus qu'ils ne doivent recevoir. En effet, ce c'eſt pas ordinairement l'intention de ceux qui entrent dans quelque Engagement, de donner la moindre choſe pour rien. Ainſi on ne préſume point qu'il y ait un mélange de Contract Onéreux & de Donation; à moins que celui qui fait, ou qui donne, (1) ne s'en ſoit clairement expliqué (a); ou que du moins on ne voye manifeſtement, qu'il ſçavoit que ſa peine ou ſon bien valoit plus que la peine ou le bien de l'autre. Du reſte, on ne peut que louer l'action de *Scevola*, qui ayant demandé (b) qu'on lui dît du premier mot le plus juſte prix d'une Terre qu'il vouloit acheter, en donna mille écus de plus, parcequ'il crut que le Vendeur même ne l'eſtimoit pas aſſez.

* Dans les *Contracts Onéreux*, rien n'eſt préſumé gratuit.

(a) Voyez *Plin.* Lib. VII. Epiſt. XI. & XIV.

(b) *Cicer. de Offic.* Lib. III. C. XV.

§. IX. DE tout ce que nous venons d'établir, il s'enſuit que quand même on n'auroit (a) diſſimulé aucun défaut de la choſe ſurquoi roule le Contract, ni rien exigé au-delà de ce qu'on croyoit nous être bien dû; *ſi l'on découvre enſuite quelque inégalité, ſans qu'elle vienne de la faute des Contractans; comme, par exemple, s'il y avoit quelque défaut caché, ou ſi l'on s'eſt trompé à l'égard du Prix, il faut redreſſer* (b) *cela, en ôtant à l'un des Contractans ce qu'il a de trop, & donnant à l'autre ce qui lui manque.* Par une Loi du Droit Romain on ne peut faire caſſer un Contract, ni demander un dédommagement de la vileté du Prix (1), que quand la

Comment on doit redreſſer l'inégalité qui ſe trouve dans un Contract accompli.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 12.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XXI. Tit. I. *de action. empt. & vend.* Leg. XIII. *princ.* §. 1, 2, 3, 4.

§. VII. (1) C'eſt ce que le Droit Romain décide au ſujet du *Mandement* ou de la Procuration. *In ſumma ſciendum eſt, mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede conſtitutâ, incipit locatio & conductio eſſe. Et (ut generaliter dicamus) quibus caſibus ſine mercede ſuſcepto officio, mandati ſive depoſiti contrahitur negotium, iis caſibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi.* INSTITUT. Lib. III. Tit. XXVII. *De Mandato*, §. 13. L'Auteur citoit encore DIGEST. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti vel contra*, Leg. I. §. 9,

(2) Les Juriſconſulaes Romains appellent cela *Honorarium*. Voyez DIGEST. Lib. XI. Tit. VI. *Si menſor falſum dixerit*, Leg. I. *princip.* & Lib. L. Tit. XIII. *De extraordinariis cognitionibus*, &c. Leg. I. §. 10. & Mr. NOODT dans ſon Commentaire ſur le Titre du *Digeſte Mandati vel contra*, page 373, 374.

(3) Cette fiction de droit n'eſt nullement néceſſaire. Les maximes ſeules de l'Equité ſuffiſent pour aſſurer au Dépoſitaire, ou à celui qui s'eſt chargé des affaires d'autrui, le dédommagement des dépenſes qu'il a faites pour rendre ſervice au maître du Dépôt, où à l'auteur de la Commiſſion.

§. VIII. (1) Voyez le Chap. précédent, §. 10. *Note* 1.

§. IX. (1) *Rem majoris pretii, ſi tu vel pater tuus minoris diſtraxerit humanum eſt, ut vel pretium te reſtituente emptoribus, fundum venundatum recipias auctoritate Judicis intercedente, vel ſi emptor elegerit, quod deeſt juſto pretio, recipias.* Minus *autem* pretium *eſſe videtur, ſi nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit.* COD. Lib. IV. Tit.

lézion excede la moité de la juſte valeur des choſes. Cette fameuſe Loi eſt purement poſitive, & fondée principalement ſur ce qu'il n'y auroit point de Tribunaux qui puſſent ſuffire à connoître du grand nombre de procez qui s'éleveroient tous les jours, ſi pour la moindre lézion on pouvoit aller rompre la tête aux Juges (c). D'ailleurs, telle eſt la nature du Commerce, que quiconque ne veut pas ſe laiſſer tromper

(c) Voyez un paſſage de *Ciceron*, qui a été déja cité, Liv. I. Chap. II. §. 10. Note 5.

XLIV. *De reſcindenda vendirione*, Leg. II. Mr. THOMASIUS a publié en 1706. une Diſſertation curieuſe ſur cette Loi, ſous ce Titre, *De æquitate cerebrina Legis II. Cod. de reſcind. vend. & ejus uſu practico.* Je vais rapporter en abregé ce qu'il y a de plus conſidérable. La reſciſion d'une Vente, ou de quelque autre Contract, à cauſe de la vileté du prix, quoiqu'il n'y ait d'ailleurs ni tromperie ni violence, eſt, dit-il, une choſe abſolument inconnuë avant DIOCLETIEN. Bien-loin de là, c'étoit la maxime courante des Juriſconſultes, que *naturellement* chacun peut faire ſon marché auſſi avantageuſement qui lui eſt poſſible, & mettre pour cet effet en uſage tous les artifices d'une adreſſe innocente; juſques-là qu'ils ſe ſervent de termes très-forts, qui ſe prennent ordinairement en mauvaiſe part, *circumſcribere*, *circumvenire.* Voyez les *Notes* 1, 2. ſur le paragraphe ſuivant. Depuis *Diocletien*, les Empereurs CONSTANTIN *le Grand*, GRATIEN, VALENTINIEN & THEODOSE, HONORIUS & ARCADIUS, établiſſent formellement une régle contraire au Reſcript de cet Empereur Payen. *Vendirionis atque emptionis fidem*, NULLA CIRCUMSCRIPTIONIS VIOLENTIA FACTAM, *rumpi minimè decet. Nec enim* SOLA PRETII VILIORIS QUERELA, *contractus ſine ulla culpâ celebratus litigioſo ſtrepitu turbandus eſt.* COD. THEODOS. Lib. III. Tit. I. *De contrahenda emptione*, Leg. I. Voyez auſſi la Loi IV. & VII. DIOCLETIEN lui-même ſemble s'être retracté dans la ſuite, comme il paroît par un autre Reſcript qui ſe trouve dans le même Titre du CODE, & que je citerai ſur le paragraphe ſuivant, *Note* 5. Il eſt vrai qu'à la fin de cette Loi on voit une clauſe conforme à la Loi II. dont il s'agit: mais quand on examine bien tout ce qui précéde, on ſent que c'eſt une cheville qui a été fourrée là par TRIBONIEN; car ſi les raiſons qui viennent d'être alléguées dans cette VIII. Loi, ſont bonnes, comme elles le ſont en effet, elles prouvent tout auſſi-bien qu'on ne doit pas caſſer un Contract, lors même que l'un des Contractans a payé la moitié plus, ou reçu la moitié moins, que la choſe ne pouvoit valoir d'ailleurs. Il y a auſſi toutes les apparences du monde que TRIBONIEN a ajoûté ce qui eſt à la fin de la Loi II. où la vileté du prix, qui autoriſe la reſciſion du Contract, eſt fixée à la moitié de la juſte valeur des choſes: car, outre qu'on auroit pû mieux placer cela dans les paroles précédentes, les Loix du *Code Theodoſien*, qui combattent celle-ci, deſaprouvent ſimplement & en general la reſciſion d'un Contract à cauſe de la ſeule vileté du prix; il n'y paroît aucune trace de la diſtinction entre ce qui eſt au-delà ou en-deçà de la moitié du juſte prix. *Tribonien* ayant trouvé dans les CODES GREGORIEN & HERMOGENIEN, dont les Compilateurs, qui ne ſongeoient point à réduire la Juriſprudence en forme de Syſtéme, avoient ramaſſé toutes les Conſtitutions & Ordonnances des Empereurs avant *Conſtantin*, ſans s'embarraſſer ſi elles s'accordoient, ou non, les unes avec les autres; *Tribonien*, dis-je, ayant trouvé là les deux Reſcripts de *Diocletien*, dont le dernier étoit directement contraire au premier, qui néanmoins lui paroiſſoit le plus équitable, crut pouvoir les concilier enſemble, par la reſtriction qu'il ajoûta à la fin de l'un & de l'autre. Après quoi il ſupprima les Loix I. & VII. du CODE THEODOSIEN, qui ne pouvoient pas aiſément être raccommodées d'une maniere conforme à ſes idées; & s'il retint la IV. qui ſe trouve la XV. dans le titre du CODE JUSTINIEN, ce ne fut qu'en y faiſant pluſieurs changemens, & entr'autres celui-ci, qui ſert viſiblement à ſon but; c'eſt qu'au lieu de, *repetitionis in reliquum*, PRETII NOMINE VILIORIS, *copiam minimè conſequatur*, comme porte la Loi de GRATIEN, VALENTINIEN, & THEODOSE, il mit PAULO *vilioris pretii nomine*, &c. Une interpolation ſi manifeſte rend fort plauſible tout ce qu'on vient de dire au ſujet des deux Reſcrits de *Dioclétien*; & il y a tout lieu de croire, que dans la Loi VIII. le mot de *paulo* a auſſi été inſeré dans la ſeconde période, avant ceux de *minore pretio.* Le DROIT CANONIQUE ayant enſuite approuvé le fondement de la Loi du CODE JUSTINIEN, on l'a regardée comme émanant d'un principe d'Equité inconteſtable, & elle a paſſé pour régle dans tous les Tribunaux; excepté ceux du Duché de MAGDEBOURG, où les Ordonnances Politiques l'ont preſque entierement abolie. Cependant Mr. THOMASIUS ſoûtient, qu'elle ne peut avoir aucun uſage dans la pratique, parceque le *Prix commun*, ſur lequel on pretend régler le degré de la lezion, eſt fort variable & fort incertain; deſorte qu'il eſt trés-difficile d'en marquer la moitié ou le quart, &c. D'ailleurs, une lézion énorme, comme celle dont il s'agit, ne peut guéres ſe trouver dans un Contract, ſans qu'il y ait ou quelque dol de la part de l'un des Contractans, & alors on n'a nul beſoin de la Loi de DIOCLETIEN; ou de l'erreur des deux côtez, & en ce cas-là il faut juger ſelon ſes principes établis ci-deſſus, Liv. III. Chap. VI. §. 6. Voyez, au reſte, la *Note* ſuivante, & ANTOINE FAURE, *Error. Pragmatic.* Dec. VIII. Err. VII. *num.* 5. Mr. NOODT dont le Commentaire a paru dans la derniere Edition de ſes Oeuvres, (en 1724.) ſuit ici l'opinion commune, *page* 410. *& ſeqq.* Mais il ne paroit avoir eu aucun ſoupçon des raiſons contraires, que je viens d'expoſer, & où l'on ne peut du moins nier qu'il n'y ait quelque choſe de fort ſpécieux, qui mériteroit d'être refuté. Il ſuppoſe l'explication commune, qui ne me paroît pas bien prouvée, du mot *naturaliter*, dans les Loix dont on traitera ſur le paragraphe ſuivant. Il veut, qu'avant le Reſcript même de DIOCLETIEN le Contract de Vente fût ſujet à être caſſé pour une lézion conſidérable à l'égard du prix, & que cet Empereur ait ſeulement déterminé la quantité du prix, qui auparavant étoit laiſſée à l'arbitrage du Juge; mais les raiſons qu'il en donne, ne me paroiſſent pas aſſez fortes. Le docte JACQUES GODEFROI a reconnu *Comm. in.* COD. THEODOS. Lib. III. Tit. I. Leg. I. *page* 242.) que la déciſion de *Dioclétien* ne fut pas même ſuivie ſous les Empereurs ſuivans, & que c'eſt pour cela que TRIBONIEN n'a point inſeré dans ſon CODE les Loix I. & VII. du CODE THEODOSIEN, & que dans la Loi IV. il a mis PAULO *vilioris pretii nomine*, au lieu de *vilioris*, &c.

doit ouvrir les yeux, & bien examiner toutes choſes avant que de s'engager à rien. Et après tout, ſur quelque haut pié qu'un Vendeur eſtime ſa marchandiſe, c'eſt toûjours la volonté de l'Acheteur qui y met le dernier prix, & qui conclut le marché. Il faut avouer pourtant, que la Loi dont il s'agit reſſerre dans des bornes trop étroites l'inégalité qui doit être redreſſée. Car bien qu'il ne ſoit point à propos d'importuner le Juge pour des affaires de peu de conſéquence, je ne vois pas pourquoi il ſeroit diſpenſé de prêter ſon ſecours à ceux qui ont été conſidérablement lézez, quoiqu'au-deſſous de la moitié du juſte prix. Suppoſé, par exemple, que je n'aye vendu que ſix cens Ecus une maiſon qui en vaut neuf cens; en vertu dequoi me refuſeroit-on abſolument la protection des Loix pour le recouvrement des trois cens Ecus que je perds à ce marché, puiſque d'ailleurs on donne action en Juſtice pour de bien moindres ſommes? Diſons donc, qu'à la verité entre ceux-là même qui n'ont point d'autre Loi commune que celles du Droit de la Nature & des Gens, une petite lézion qui ſe trouve dans un Contract ſans la mauvaiſe foi des Contractans, n'eſt pas un ſujet ſuffiſant de reſciſion, ou de plainte. Mais auſſi lorſque la lézion eſt conſidérable, encore qu'elle n'aille pas juſqu'à la (d) moitié du juſte prix, (2) on peut légitimement prétendre ou que le Contract ſoit caſſé, ou que l'autre Contractant nous dédommage de ce qui manque au juſte prix. Or on juge du degré de la lézion, ou par l'énormité ou la vileté du prix, ou par les facultez de celui qui ſe trouve lézé: une perſonne qui a peu de bien étant quelquefois extrêmement incommodée d'une perte, qui ne ſeroit rien pour un homme riche. Dans les Etats même où la Loi dont j'ai parlé eſt établie, un Acheteur ne ſauroit en conſcience ſe diſpenſer de réparer une lézion énorme, quoiqu'elle ſoit au-deſſous de la moitié du juſte prix; le but de cette Loi n'étant pas tant d'aſſurer à un Contractant le gain qu'il fait au détriment de l'autre, que d'épargner aux Juges une foule de procez. Ainſi tout le droit qu'elle donne, c'eſt d'empêcher qu'on ne puiſſe être pourſuivi en Juſtice par un Citoyen du même Etat pour une lézion qui ne paſſe point ces bornes. Les Juriſconſultes, au reſte, ont raiſon d'accorder le benefice de cette Loi à l'Acheteur (3), auſſi-bien qu'au Vendeur, & de l'étendre même aux autres Contracts.

(d) Les Docteurs Juifs diſent qu'il ſuffit qu'elle aille juſqu'à un ſixiéme, mais ſeulement de Juif à Juif. Voyez *Selden, de Jur. Nat. & Gent. ſecundùm Hebr.* Lib. VI. Cap. V. pag. 721, 722.

(2) Mais, comme le remarque ici Mr. Hertius, dans ſa Diſſertation *de Lytro*, Sect. II. §. 22. comment accorder cela avec ce que l'Auteur lui-même a dit ci-deſſus, Chap. I. de ce Livre, §. 8. au commencement? Grotius dit auſſi, que, *par rapport aux actions extérieures, une inégalité à laquelle on a conſenti de part & d'autre, ſans qu'il y ait eu ni menſonge, ni ſuppreſſion de ce qu'on devoit déclarer; qu'une telle inégalité*, dis-je, *paſſe pour égalité; enſorte que, comme par le Droit Civil on n'avoit point action en Juſtice pour ce ſujet, avant la Conſtitution de* Diocletien (c'eſt-à-dire, avant la Loi III. du Titre du Code, *De reſcindenda conditione*, dont on a traité dans la *Note* précédente; & non pas la Loi III. du Titre du Code *Pro Socio*, comme l'explique ici *J. Frid. Gronovius*, je ne ſçai ſur quoi fondé) *de même, entre ceux qui n'ont d'autre Loi commune, que le Droit des Gens, on ne peut exiger aucune reſtitution, ni avoir recours aux voyes de la Force, pour ſe faire dédommager d'une lézion comme celle-là.* Liv. II. Chap. XII. §. 26. *num.* 1. Il eſt vrai qu'il ajoûte, que ce n'eſt qu'une permiſſion extérieure, qui n'a point lieu devant le Tribunal de la Conſcience, quelque autoriſée qu'elle ſoit par la Coûtume. Mais cela ſuppoſe que la détermination du Prix, dans les Contracts, ſoit fondée ſur la nature même des choſes, ou qu'elle dépende de la volonté d'un tiers; au lieu que la verité eſt, que, mis à part toute fraude & tout réglement des Loix Civiles, c'eſt le conſentement des Parties qui fait le juſte prix; enſorte que ſur quelque pied qu'on l'ait fixé d'un commun accord, il n'y a point ici de lézion contraire aux Loix de la Juſtice proprement ainſi nommée. Voyez la Diſſertation de Mr. Thomasius, que je viens de citer, *Cap.* II. §. 15. *& ſeqq.* Autre choſe eſt de dire, s'il eſt à propos d'uſer ordinairement de ce droit (voyez ci-deſſus, Chap. I. §. 9. *Note* 1.): ou ſi l'on ne peut pas pécher, en s'en ſervant, contre les Loix de la Liberalité & de la Bénéficence, qui demandent qu'on ſecoure ſon prochain dans le beſoin, & qu'on ne ſe prévaille point de ſon indigence ou de ſon malheur. A propos de quoi je remarquerai, qu'on peut juſtifier celui qui compoſa le Reſcript de *Dioclétien*, du reproche que lui fait Mr. Thomasius, *ubi ſuprà*, §. 32. d'avoir confondu les Régles de l'*Humanité* avec celles de la *Juſtice*; car dans le ſtile des Juriſconſultes Romains, *humanum eſt*, ſignifie aſſez ſouvent, *il eſt juſte, équitable, raiſonnable*, &c. Voyez, par exemple, Cod. Lib. I. Tit. XIV. *De Legibus & Senatuſc.* &c. Leg. VIII.

(3) Cujas, dans ſes *Obſervat.* XVI, 18, XXIII, 32. & XXVI. 39. ſoûtient que cela n'a pas lieu par la

S'il eſt naturellement permis de *ſe tromper les uns les autres en vendant ou en achetant ?*

(a) *Liv. II. Chap. XII. §. 26.*

§. X. Les Interprêtes du Droit Romain ſe ſont fort tourmentez, pour concilier avec les principes que nous venons d'établir, une Loi qui porte, (1) qu'*il eſt* NATURELLEMENT *permis de ſe tromper l'un l'autre à l'égard du prix de ce que l'on vend, ou que l'on achete.* Pour moi je ne trouve point ici d'explication plus commode (2) que celle de GROTIUS (a) qui fait voir que quand on dit qu'une choſe eſt *permiſe*, on n'entend pas toûjours qu'elle ſoit juſte ou innocente ; mais quelquefois cela ſignifie ſeulement qu'on peut la faireimpunément, & que celui avec qui l'on avoit traité, n'a point action contre nous, ſi l'on veut ſe prévaloir de la Convention : c'eſt-à-dire, qu'étant appellé en Juſtice pour cauſe de lézion au-deſſous de la moitié du juſte prix, il ſuffit de répondre qu'on a ainſi fait ſon marché ; deſorte que ſelon le Proverbe commun en nôtre Langue, *celui qui ne veut pas ouvrir ſes yeux, doit ſe réſoudre à ouvrir ſa bourſe* (3). Le mot de *naturellement* ne s'applique pas non-plus toûjours à ce que l'on doit faire, ou à ce qui s'accorde avec le Droit Naturel ; mais il ſe dit encore de ce qui eſt conforme à la coûtume établie. C'eſt ainſi que ST. PAUL l'employe dans les paroles ſuivantes (b) : *La Nature elle-même ne vous enſeigne-t-elle pas que ſi un Homme porte des cheveux longs, cela lui eſt honteux ; mais ſi une Femme a de longs cheveux, cela lui eſt honorable ; parceque les cheveux*

(b) I. Cor. Chap. XI. verſ. 14, 15.

Droit Romain. Et il eſt à remarquer, qu'il avoit été d'abord d'un autre ſentiment. Le dernier, auquel il s'eſt tenu, a été ſuivi par pluſieurs habiles Juriſconſultes, comme ANTOINE FAURE *De Errorib. Pragmaticor.* Decad. VIII. Cap. VII. *& ſeqq.* EDMOND MERILLE, *Variant. ex Cuj.* II. 5. HUGUES GROTIUS, *Sparſ. florum in Jus Juſtin.* page 296. *Edit. Amſtelod.* ULRIC HUBER, in Tit. Pand. *De Reſcind. Vend.* num. 3. &c. Cependant Mr. NOODT s'eſt rangé de l'opinion commune, dans ſon Commentaire ſur ce Titre, page 411. *& ſeqq.* Pour moi, j'avouë, que ſi l'on ne doit pas donner la préférence à celle de CUJAS, elle me paroît être ſoûtenuë de raiſons aſſez fortes pour rendre la queſtion problématique, tout bien compté.

§. X. (1) *Idem* POMPONIUS *ait, in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumvenire.* DIGEST. Lib. IV. Tit. IV. *De minoribus*, Leg. XVI. §. 4. Voyez auſſi Lib. XIX. Tit. II. *Locati, conducti* Leg. XXII. §. 3. *Lex* BAJUVARIORUM, Tit. XV. Cap. IX. §. 1. & *Capitul. Carol.* Lib. V. Cap. CCX. Notre Auteur citoit encore plus bas, XENOPHON, *Apomnem. Socrat.* Lib. II. *in fine* ; A. GELLIUS, Lib. XII. Cap. XII. SENEC. *de Benefic.* Lib. VI. Cap. XXXVIII. *Capitular.* CAROL. Lib. I. Cap CXXXI.

(2) Cette explication ne peut s'accorder, à mon avis, avec le mot de *naturaliter.* Car, outre que *natura* ne ſe prend jamais, que je ſçache, dans le ſtile des Juriſconſultes Romains, pour *coûtume* ; de ce qu'on le trouve pris en ce ſens dans d'autres Auteurs, il ne s'enſuit pas que l'on puiſſe ainſi expliquer l'adverbe *naturaliter.* D'ailleurs, rien n'eſt plus commun dans le Corps du Droit, que *naturaliter* ou *naturali ratione*, pour dire ce qui eſt conforme à la Raiſon naturelle ou au Droit de Nature ; & c'eſt en ce ſens qu'il faut abſolument l'entendre ici, ſelon moi. Deſorte que *circumvenire*, ou, comme porte une autre Loi parallele, *circumſcribere*, ſignifie un artifice innocent, par lequel chacun des Contractans tâche de faire ſon marché auſſi avantageuſement qu'il lui eſt poſſible. Il en eſt ici comme du mot de *Dolus*, qui ſe prend ou en bonne ou en mauvaiſe part ; & LUCRECE employe manifeſtement le verbe *decipere* pour marquer une *tromperie* innocente, dans ces Vers que tout le monde ſçait :

> *Ut puerorum ætas improvida* LUDIFICETUR
> —— DECEPTAQUE NON CAPIATUR, &c.
> Lib. I. verſ. 938, 940.

Mr. THOMASIUS *ubi ſuprà*, §. 29. *Note* préfere une autre explication, qui, quoiqu'elle revienne au fond à la même choſe, ne me paroît pas auſſi critique, ni auſſi naturelle. Il me ſemble auſſi, que dans la Loi du *Digeſte*, Lib. XIX. Tit. II. *Locati*, &c. Leg. XXII. §. 3. *quod pluris ſit, quod minoris ſit*, ſignifie, ce qui peut d'ailleurs valoir plus ou moins ; & non pas, ce que le Vendeur eſtime davantage, & l'Acheteur moins, au commencement du marché, comme l'entend cet habile Juriſconſulte. Au reſte, les Interprêtes Grecs ſemblent avoir entendu le mot de *naturaliter*, comme je fais : car ils le traduiſent ſimplement κατὰ φύσιν, ou φυσικῶς. Voyez les BASILIQUES, Lib. X. Tit. IV. §. 16. Lib. XX. Tit. I. §. 22. & HARMENOPULE, Lib. III. Tit. III. §. 81. Je vois encore, qu'un Docteur Juriſconſulte du Siécle paſſé, RAOUL FOURNIER (*Rer. Quotidianar.* Lib. VI. Cap. 20.) a défendu, il y a long-tems, cette explication. On pourra voir ce qu'il dit là ; ſon Ouvrage étant devenu commun, depuis qu'il a été inſeré dans le THESAURUS JURIS ROMANI, Tome II.

(3) L'Auteur remarquoit ici, que l'artifice dont *Jacob* ſe ſervoit (*Geneſ.* XXX, 37.) pour augmenter le nombre du Bétail qui lui devoit revenir, eſt d'autant plus excuſable, qu'il avoit à faire à un Beaupere fort avare & de très-mauvaiſe foi, qui ne cherchoit qu'à le tromper en toute maniere, & qui lui avoit impoſé de très-dures conditions, puiſqu'il ne lui donnoit pour ſa peine qu'une partie du Bétail qui naiſſoit, pendant que tous les accidens & toutes les pertes étoient ſur le compte de *Jacob.* GENES. XXXI, 39. Voyez la Note de Mr. LE CLERC ſur le verſ. 12. de ce dernier Chapitre.

(4) Le

*cheveux lui ont été donnez pour lui ſervir de voile* (4) ? On peut alleguer ici cette autre Loi du Droit Romain : (5) *Telle eſt l'eſſence de l'achat & de la Vente*, c'eſt-à-dire, la pratique conſtante de ce Contract, *que l'Acheteur & le Vendeur entrent en traité, l'un avec intention d'acheter à bon marché, & l'autre à deſſein de vendre cher ; enſorte que ce n'eſt pas ſans peine qu'après bien des conteſtations, le Vendeur rabattant peu-à-peu de ce qu'il demandoit, & l'Acheteur ajoûtant à ce qu'il avoit offert, ils demeurent enfin d'accord d'un certain prix* (c). En effet les Hommes aimant naturellement le gain, on a crû que le Commerce ne pourroit guéres s'entretenir parmi les Citoyens, moins encore avec les Etrangers, ſi l'on ne donnoit quelque choſe à l'habileté & à l'adreſſe des Négocians. On ſe moque même (6) de ceux qui ſe ſont laiſſé dupper. Ajoûtez à cela, que comme il eſt preſque impoſſible de trouver ici le point précis d'une égalité parfaite, les Contractans ſont cenſez ſe tenir quittes tacitement de ce que l'un peut avoir qui vaille un peu plus que ce qu'il donne. (d) Ainſi c'eſt une Loi generalement établie dans le Commerce, qu'il eſt permis à chacun d'acheter ou de vendre le plus avantageuſement qu'il lui eſt poſſible, pourvû qu'il ne trompe perſonne à l'égard du fond même de la choſe ; car alors ce ſeroit un veritable larcin (e).

(c) Voyez la définition d'un *Marché*, par le Philoſophe *Anacharſis*, dans *Diogen. Laert.* Lib. I. §. 105. & remarquez en paſſant ce que rapporte *Elien*, *V. H.* XIV, 44.

(d) Voyez un paſſage de *Montagne*, cité dans la *Note* 3, ſur Liv. IV. Chap. XIII. §. 6.

(e) Voyez *Fulgent.* Myth. Lib. I. Cap. XXIII.

(4) Le terme de l'Original, *κομᾶν*, (ajoûtoit ici notre Auteur) peut néanmoins ſignifier ici le trop grand ſoin d'orner & d'ajuſter les cheveux, qui eſt le partage des Femmes, & qui ne ſied pas bien aux Hommes.

*Sint procul à nobis juvenes, ut fœmina, compti.*
Ovid. *Heroid.* Epiſt. 4. v. 75.

D'ailleurs, il eſt deshonnête, même ſelon le Droit Naturel, qu'un homme ſe ſerve d'un ajuſtement, qui, en vertu d'une coûtume fort ancienne, ſert à diſtinguer le ſexe feminin d'avec le maſculin. Mais, ſans aller chercher toutes ces explications ſubtiles, il ſuffit de dire, que St. Paul parle de la coûtume établie de ſon tems, de laquelle on ne pouvoit s'eloigner ſans ſe ſingulariſer mal-à-propos, & ſans pécher contre la bienſéance. Le mot de *Nature* eſt ſouvent oppoſé à celui d'*Inſtruction*, & on ſçait que la *coûtume* eſt une ſeconde nature, qui fait qu'on n'a pas beſoin de maitre pour apprendre ce qu'elle a une fois bien établi dans un Pays. Notre Auteur, à la fin du Chap. critiquoit un Juriſconſulte (Mornacius) qui prétend, que dans la Loi du Code dont il s'agit, *naturellement* ſignifie *adroitement* (εὐφυῶς), enſorte que le ſens eſt, qu'on peut ſe tromper adroitement ; *naturaliter* ſe rapportant, ſelon lui, à *circumvenire* : Opinion trop ridicule pour mériter d'être refutée.

(5) Il eſt bon de rapporter la Loi toute entiere, à cauſe de ce que j'ai dit dans la *Note* 1. ſur le paragraphe précédent. *Si voluntate tuâ fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque inſidiis emptoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio : Hoc enim ſolum, quod paulo minore pretio fundum venditum ſignificas, ad reſcindendam venditionem invalidum eſt. Quod ſi videlicet* CONTRACTUS EMPTIONIS ATQUE VENDITIONIS COGITASSES SUBSTANTIAM, ET QUOD EMPTOR VILIORE COMPARANDI, VENDITOR CARIORE DISTRAHENDI VOTUM GERENTES, AD HUNC CONTRACTUM ACCEDANT, VIXQUE POST MULTAS CONTENTIONES, PAULATIM VENDITORE DE EO QUOD PETIERAT DETRAHENTE, EMPTORE AUTEM HUIC, QUOD OBTULERAT, ADDENTE, AD CERTUM, CONSENTIANT PRETIUM : *Profectò perſpiceres, neque bonam fidem, quæ emptionis atque venditonis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, reſcindi propter hoc conſenſu finitum contractum, vel ſtatim, vel poſt pretii quantitatis diſceptationem : niſi minus dimidiâ juſti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet, electione* [*jam*] emptori præſtita *ſervanda*. Cod. Lib. IV. Tit. XLIV. *De reſcindenda vendit.* Leg. VIII. Voyez le Titre *de Ædilitio Edicto*, Leg. XVIII. XIX. & *de contrahenda emptione*, Leg. LXXI. Quoique les mots, *Subſtantia contractus emptionis, venditionis*, puiſſent ſignifier, comme notre Auteur les explique, la pratique ordinaire de ceux qui vendent ou qui achetent ; il ne s'enſuit point de là qu'on doive ainſi entendre l'adverbe *naturaliter*, dans les paroles des Juriſconſultes Ulpien, Pomponius, & Paul, citées ci-deſſus, *Note* 1. Car on ne ſauroit prouver, que ceux qui dreſſerent la Loi VIII. du Code ayent voulu expliquer ces paroles, pas plus que celui qui ſe ſervit du mot ἐμπορικῶς dans la Novelle XCVII. Cap. I. qu'on allégue ici. Et ſuppoſé même qu'on eût lieu de croire que ce fût leur deſſein, ils pourroient s'être trompez, pour avoir été dans d'autres idées que les anciens Juriſconſultes, des idées & du langage deſquels ils s'éloignent aſſez ſouvent.

(6) *Nam mala emptio ſemper ingrata eſt, eo maxime, quòd exprobrare ſtultitiam domino videtur.* Plin. Lib. I. Epiſt. XXIV. *num.* 2. Notre Auteur citoit encore ici Horace, Lib. I. Satir. II. *verſ.* 103. & ſeqq.

# CHAPITRE IV.

## *Des* CONTRACTS BIENFAISANS *ou gratuits.*

Ce que c'eſt que le *Mandement*, & la *Geſtion d'affaires.*

§. I. APRÈS avoir traité des Contracts en général, il faut maintenant examiner en particulier leurs principales eſpeces. Les Interprêtes du Droit Romain entrent là-deſſus dans un grand détail. Mais, comme la plûpart de leurs déciſions ſont tirées du Droit de la Nature & des Gens, nous ne ferons, en les rapportant ici, que les remettre dans leur place naturelle.

Parmi les CONTRACTS BIENFAISANS ou gratuits, il faut, à mon avis, mettre (1) au premier rang le (2) MANDEMENT ou la Commiſſion, qui conſiſte à ſe *charger, ſans intérêt & de pure bonne volonté, des affaires de quelqu'un qui nous*

CHAP. IV. §. I. (1) Il falloit plûtôt mettre au premier rang la *Donation*, dont il y a lieu de s'étonner que l'Auteur ne diſe rien abſolument, puiſque la définition qu'il a lui même donnée du *Contract* ci-deſſus, *Chap.* II. §. 7. convient autant aux *Donations entre-vifs*, dont il s'agit (car on a traité ailleurs des *Donations à cauſe de mort*, Liv. IV. Chap. X. §. 9.) qu'à tous les Contracts que notre Auteur donne ici pour tels. Ce qui lui a fait exclure les Donations, c'eſt, ſans doute, une trop grande déference en cet endroit pour les idées du Droit Romain. Car les Juriſconſultes reſtreignoient le mot de *Contract* aux engagemens où l'on entre en conſéquence de quelque négociation, par laquelle deux Parties, après avoir comme marchandé, conviennent entr'elles de ce que chacune, ou l'une d'elles ſeulement, doit donner ou faire en faveur de l'autre. Ce principe poſé, il falloit donner un autre nom aux Donations qui partent d'une détermination purement volontaire du Donateur, ſans aucune ſollicitation & aucun traité. Il y a néanmoins quelques endroits, où l'on met les Donations au rang des Contracts, comme dans le CODE, Lib. II. Tit. XX. *De his, quæ vi, metuſve cauſâ geſta ſunt*, Leg. VII. & Lib. VII. Tit. XXXIX. *De præſcript.* 30. *vel* 40. *annor.* Leg. VIII. *princ.* ce qui, ſelon Mr. THOMASIUS, *de Arrhis Emptionum*, §. 51. eſt un effet de l'inexactitude du langage des Juriſconſultes de ce tems-là. Mais, ſelon le Droit Naturel, la *Donation entre-vifs*, que l'on exprime ordinairement par le mot de DONATION tout ſeul, eſt un vrai Contract, par lequel on ſe dépouille de ſon droit ſur une choſe qui nous appartient, pour le transferer gratuitement à une autre perſonne qui accepte le bienfait; ſoit qu'on lui remette la choſe dès ce moment, ou qu'on la garde encore. Je dis, qu'*on ſe dépouille de ſon droit ſur une choſe qui nous appartient:* ce qu'on peut faire, ou purement & ſimplement, ou ſous certaines conditions, comme dans les autres Contracts. Voyez COD. Lib. VIII. Tit. LVI. *De* REVOCAND. DONAT. Leg. X. J'ajoûte, que le transport du droit doit être *accepté*, ce qui ſuit auſſi de la nature de tout Engagement véritable; & rien n'eſt plus mal fondé que la penſée paradoxe de Mr. LUDEWIG, Profeſſeur à *Hall*, qui prétend dans une Diſſertation *De differentiis Juris Rom. & Germanic. in Donationib.* &c. que l'Acceptation n'eſt néceſſaire dans les Donations, ni par le Droit Romain, ni par le Droit Naturel. Je dis enfin, *ſoit qu'on remette d'abord la choſe au Donataire, ou qu'on la garde encore:* car rien n'empêche que la Donation ne ſoit irrévocable, quoiqu'on ſe reſerve même la Proprieté juſqu'à ſa mort: comme d'autre côté, on peut transferer la Proprieté, & ſe reſerver la poſſeſſion avec l'Uſufruit. Le dernier a lieu en certains cas, par les Conſtitutions de JUSTINIEN. Voyez ce que l'on a dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. VIII. §. 25. *Note* 9. Et cet Empereur rendit même une ſimple Convention de donner, auſſi obligatoire qu'un *Contract:* deſorte que les dernieres déciſions du Droit Romain ont ramené ici les choſes à la ſimplicité du Droit Naturel. Voyez ci-deſſus, *Chap.* II. §. 2. *Note* 6. *Aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine ulla mortis cogitatione fiunt, quas* inter vivos *adpellamus. . . . quæ ſi fuerint perfectæ, temerè revocari non poſſunt. Perficiuntur autem, cùm donatur ſuam voluntatem, ſcriptis aut ſine ſcriptis, manifeſtaverit.* INSTITUT. Lib. II. Tit. VII. §. 2. *Dat aliquis ea mente, ut ſtatim velit accipientis fieri, nec ullo caſu ad ſe reverti; & propter nullam aliam cauſam facit, quàm ut liberalitatem & munificentiam exerceat: hæc propriè donatio adpellatur.* Digeſt. Lib. XXXIX. Tit. V. Leg. I. *princ. Abſenti ſive mittas qui ferat; ſive, quod ipſe habeat, ſibi habere eum jubeas, donari rectè poteſt. Sed ſi neſcit. . . . donatæ rei dominus non fit*, &c. Ibid. Leg. X. *Non poteſt liberalitas nolenti adquiri.* Ibid. Leg. XIX. §. 2. Mais, quoiqu'une Donation pure & ſimple ſoit de ſa nature irrévocable, elle peut être revoquée pour de fortes raiſons, que l'on a lieu de regarder comme des conditions tacites. Telle eſt 1. Une ingratitude extrême du Donataire, comme s'il attente à la vie ou à la réputation du Donateur; s'il ſe porte à lui faire quelque grand outrage ou quelque violence; s'il lui cauſe malicieuſement un dommage ou une perte conſiderable; ſi le Donateur étant réduit à la néceſſité, il lui refuſe la nourriture: quoique, ſelon pluſieurs Interprêtes, le dernier cas ne ſoit pas compris dans l'étenduë de la Loi ſuivante. *Si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturæ molem ex inſidiis ſuis ingerat, quæ non levem cenſum ſubſtantiæ donatoris imponat, vel vitæ periculum aliquod ei intulerit.* COD. Lib. VIII. Tit. LVI. *De revoc. Donat.* Leg. X. C'eſt encore une bonne raiſon, que 2. La naiſſance ineſperée des Enfans qui ſurviennent au Donateur: car on a tout lieu de préſumer qu'il auroit gardé ſon bien pour ſes Enfans s'il en eût eu; & qu'ainſi il n'a donné que ſous cette condition tacite, que s'il venoit à avoir des Enfans, la Donation ſeroit nulle.

*en prie.* Ce Contract ne ſuppoſe pas, comme les autres, directement & de ſa nature, la Proprieté & le Prix des choſes; mais ſeulement par accident, entant que l'auteur de la Commiſſion doit rembourſer au Procureur les dépenſes qu'il a faites pour l'exécuter; celui-ci ne s'étant engagé qu'à ne rien demander pour ſa peine.

Que ſi l'on ſe charge des affaires de quelqu'un à ſon inſçu, & qu'on (3) les ménage bien, c'eſt ce qui s'appelle *Geſtion d'affaires*, pour laquelle les Loix Romaines donnent action, & que l'on peut (4) fonder ſur un *Mandement* ou une Procuration tacite, (a) auſſi-bien que les (5) engagemens qu'il y a entre un Tuteur & ſon Pupille.

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XLIV. Tit. VII. *de Obligat. & Action.* Leg. V. *princ.* & §. 1.

Les anciens *Romains* étoient fort religieux à bien ménager les affaires d'autrui, dont ils s'étoient chargez.

§. II. Comme ceux qui ſe chargent de prendre ſoin des affaires d'autrui témoignent agir par un principe d'Humanité ou d'Amitié, (1) qui eſt ce qu'il y a de plus

*Si umquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & poſtea ſuſceperit liberos, totum quicquid largitus fuerat, revertatur in ejuſdem donatoris arbitrio ac ditione manſurum.* Ibid. *Leg.* VIII. Pluſieurs Interprétes néanmoins ſoûtiennent avec raiſon qu'il s'agit là uniquement du cas exprimé; ſçavoir, d'une Donation faite à un Affranchi par celui qui avoit été ſon Maitre, & qui lui avoit donné la liberté. Voyez Vinnius, ſur les *Inſtitutes*, Lib. II. Tit. VII. §. 2. & le Commentaire de Mr. Noodt ſur le Digeste, page 15. col. 1. de la derniere Edition *in fol.* Mais, à ne conſidérer que le Droit Naturel, quoique la raiſon particuliere, pour laquelle le Droit Romain permit au Patron de ſe faire rendre ce qu'il avoit donné, ceſſe à l'égard de toute autre perſonne; il y a toûjours une raiſon generale, qui a lieu ordinairement, ſçavoir celle que je viens d'alléguer. Il faut ſeulement ajoûter cette reſtriction, que le Donateur ait donné tous ſes biens, ou la plus grande partie. Car quand la Donation eſt peu conſiderable en comparaiſon de ce qui reſte au Donateur, on peut raiſonnablement préſumer, qu'il n'auroit pas laiſſé de la faire, encore même qu'il eût eu eſpérance d'avoir des Enfans; ſurtout ſi le Donataire n'eſt pas fort accommodé. 3. Enfin, la Donation doit être revoquée en partie, lorſque le Donateur ne s'eſt pas reſervé aſſez de bien pour laiſſer la *Légitime* aux perſonnes à qui il ne lui eſt pas permis de l'ôter, ſelon les Loix; car en ce cas-là il eſt juſte que le Donataire rende ce qui manque pour achever la portion qui leur revient de droit, & dont le Donateur n'a pû diſpoſer à leur préjudice. Voyez Cod. Lib. III. Tit. XXIX. *De inofficioſis donationibus*, & Tit. XXX. *De inofficioſis dotibus.* On peut conſulter ſur toute cette matiere, *les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par Daumat, I. Part. Liv. I. Tit. X.

(2) Voyez ce que l'on a déja dit ci-deſſus: Liv. III. Chap. IX. & les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. IV. Cap. XII. *& ult.* où il diſtingue du *Mandement*, certaines choſes que l'on pourroit confondre avec ce Contract, quoiqu'elles n'y ayent aucun rapport.

(3) L'expreſſion du Droit Romain, *utiliter gerere*, ne ſignifie autre choſe que cela; c'eſt-à-dire, faire pour l'intérêt de celui dont on ménage les affaires à ſon inſçu, ce que la Prudence veut que l'on faſſe, & ce qu'il auroit fait vraiſemblablement lui-même. Ainſi, pourvû qu'il n'y ait pas de nôtre faute, on n'eſt point garant du ſuccès, & on peut demander un dédommagement des dépenſes néceſſaires ou utiles, quoiqu'il ſe trouve que l'affaire n'a pas réüſſi comme on le ſouhaitoit: *is autem qui negotiorum geſtorum agit, non ſolùm ſi effectum habuit negotium, quod geſſit, actione iſta utetur: ſed ſufficit, ſi utiliter geſſit, etſi effectum non habuit negotium: & ideo, ſi inſulam fulſit, vel ſervum ægrum curavit, etiamſi inſula exuſta eſt, vel ſervus obiit: aget negotiorum geſtorum.* Digest. Lib. III. Tit. V. *De negotiis geſtis*, Leg. X. §. 1. *Negotium gerentes alienum, non interveniente ſpeciali facto* (c'eſt ainſi qu'il faut lire, au lieu de *pacto*, comme l'a très-bien prouvé Mr. *de* Bynkershoek, Obſerv. I, 7. à quoi Mr. Noodt ajoûte ſon ſuffrage, *Comm. in* Digest. page 100. *caſum fortuitum præſtare non compelluntur.* Cod. Lib. II. Tit. XIX. *De negot. geſtis*, Leg. XXII. Il n'en eſt pas de même de celui qui poſſedant de mauvaiſe foi une choſe appartenante à autrui, a fait des dépenſes utiles ou néceſſaires pour ſon entretien; car ſi l'ouvrage à quoi il les avoit employées vient à périr, c'eſt tant pis pour lui, il ne peut pas retenir la choſe juſqu'à ce qu'on l'en ait dédommagé; parcequ'il croyoit agir pour ſon propre intérêt, & qu'il ne penſoit point du tout à celui du légitime Proprietaire. Au contraire il eſt reſponſable de tout ce qu'il a laiſſé dépérir par ſa négligence, & le Maitre de la choſe a action contre lui comme pour geſtion d'affaires. C'eſt encore la déciſion des Juriſconſultes Romains. Voyez les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. III. Cap. IX. Je vais plus loin, & je dis que par le Droit Naturel tout ſeul, un tel poſſeſſeur de mauvaiſe foi mérite à la rigueur de perdre ce qu'il a dépenſé, en voulant s'accommoder aux dépens d'autrui, quoique l'effet en ſubſiſte encore, & que le Proprietaire y gagne. Voyez ci-deſſus, *Liv.* IV. *Chap.* VII. §. 5. *Note* 5.

(4) Voyez ce qui a été dit ci-deſſus, Liv. IV. Chap. XIII. §. 5. *Note* 11.

(5) Il n'eſt point néceſſaire de ſuppoſer ici ni une Procuration tacite, ni un *Quaſi-Contract*, comme parlent les Juriſconſultes Romains. La grande maxime de l'Equité Naturelle, qui porte, *Qu'on ne doit cauſer du dommage à perſonne, & que ſi on l'a fait, il faut indiſpenſablement le réparer*; cette Loi, dis-je, ſi générale & ſi inconteſtable, ſuffit pour fonder les Obligations réciproques, tant des Tuteurs & de leurs Pupilles, que de ceux qui ont pris ſoin des affaires de quelqu'un à ſon inſçu, & de celui à qui ils ont fidélement rendu ce bon office. Voyez ce que j'ai dit ſur Liv. III. Chap. VI. §. 2. *Note* 3.

§. II. (1) *Mandatum, niſi gratuitum, nullum eſt: nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo eſt officio merces: interveniente enim pecunia, res ad locationem & conductionem potius reſpicit.* Digest. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati, vel contra*, Leg. I. §. 4. De cette Loi, & du paſſage de Ciceron, qui va être cité, Mr. Noodt (*Comment.* p. 371.) infére, qu'au commencement on ne donnoit point action en Juſtice chez les *Romains*, pour cauſe de *Mandement* ou Commiſſion.

ſacré parmi les Hommes, & de plus avantageux à la Societé; on tient avec raiſon pour une choſe indigne & abominable, de ſe ſervir d'un ſi beau prétexte pour tromper une perſonne qui nous a confié ſes intérêts, dans la haute idée qu'elle s'étoit faite de nôtre probité & de nôtre exactitude. Auſſi voyons-nous que les anciens *Romains* avoient un reſpect tout particulier pour les engagemens de cette ſorte de Contract. (2) *C'étoit, ſelon eux, la plus grande des infamies, non ſeulement de gérer de mauvaiſe foi, pour ſon propre intérêt, les affaires d'autrui dont on s'eſt chargé; mais encore de s'acquitter négligemment de la Commiſſion. C'eſtpourquoi on donna action de Mandement, à laquelle on attacha une auſſi grande flétriſſure,* (a) *qu'à l'action même du Larcin. La raiſon en eſt,* dit là-deſſus CICERON, *qu'on ne confie le ſoin des affaires, auſquelles on ne peut vaquer ſoi-même, qu'à des Amis que l'on croit fidéles; deſorte qu'ils ne ſauroient manquer aux engagemens où ils ſont entrez dans une telle occaſion, ſans violer l'aſyle commun de tous les Hommes, & ſans détruire, entant qu'en eux eſt, la Societé Humaine; car, outre que l'on ne peut pas faire tout par ſoi-même, l'un eſt plus propre que l'autre à certaines choſes. Et c'eſt pour cela qu'on tâche d'avoir des Amis, afin que par des ſervices mutuels on procure l'avantage les uns des autres. Pourquoi vous chargez-vous de ma Commiſſion, ſi vous voulez ou la négliger, ou vous accommoder à mes dépens? A quoi bon m'offrir vos ſoins, pour gâter mes affaires, ſous prétexte de me rendre ſervice? Loin d'ici, Ami dangereux, je trouverai quelque autre perſonne entre les mains de qui mes intérêts ſoient mieux placez. Vous vous chargez d'un fardeau que vous croyez pouvoir ſoûtenir, & qui en effet ne vous paroîtroit pas dans la ſuite trop peſant, ſi vous n'étiez vous-même d'un Eſprit vain & léger. Manquer donc à un tel engagement, c'eſt violer les deux choſes du monde les plus ſacrées, je veux dire, l'Amitié, & la Foi: car on ne remet guéres le ſoin de ſes affaires qu'à un Ami, & l'on ne ſe confie qu'à des gens ſur la fidélité de qui l'on compte parfaitement. Deſorte qu'il faut être bien ſcélérat pour fouler aux pieds les droits de l'Amitié, & tromper en même tems une perſonne qui ne verroit pas ſes affaires en mauvais état ſi elle n'eût eu trop bonne opinion de nous.*

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. III. Tit. II. *De his qui notantur infamia,* Leg I.

Il faut s'acquitter avec tout le ſoin & toute l'exactitude poſſible des commiſſions dont on s'eſt chargé.

§. III. C'EST pour cela auſſi que les (1) Loix Romaines veulent qu'on apporte tout

(2) *In privatis rebus ſi qui rem mandatam non modò malicioſius geſſiſſet, ſui quæſtûs aut commodi cauſa, verùm etiam negligentiùs, eum majores ſummum admiſiſſe dedecus exiſtimabant. Itaque mandati conſtitutum eſt judicium, non minus turpe quàm furti. Credo propterea, quod quibus in rebus ipſi intereſſe non poſſumus, in his opera noſtra vicaria fides amicorum ſupponitur: quam qui lædit, oppugnat omnium commune præſidium, & quantum in ipſo eſt, diſturbat vitæ ſocietatem. Non enim poſſumus omnia per nos agere: alius in alia eſt re magis utilis. Idcirco amicitiæ comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. Quid recipis mandatum, ſi aut neglecturus, aut ad tuum commodum converſurus es? Cur mihi te offers, ac meis commodis officio ſimulato officiis & obſtas? Recede de medio, per alium tranſigam. Suſpicis onus officii, quod te putas ſuſtinere poſſe, quod minimè videtur grave iis qui minimè ipſi leves ſunt. Ergo idcirco turpis hæc culpa eſt, quòd duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem. Nam neque mandat quiſquam ferè niſi amico: neque credit niſi ei quem fidelem putat. Perditiſſimi igitur eſt hominis, ſimul & amicitiam diſſolvere, & fallere eum, qui læſus non eſſet niſi credidiſſet.* Orat. *pro Sext. Roſc. Amerin.* Cap. XXXVIII. XXXIX. Dans le *Marchand* de PLAUTE, comme le remarquoit encore ici notre Auteur, un Jeune homme dit à ſon Pere: » Je vous ai ſouvent ouï » dire, que tout homme ſage doit s'acquitter avant » toute autre choſe, des commiſſions dont il eſt char» gé. *Act.* II. *Scene* III. verſ. 42.

—— *Sæpè ex te audivi, Pater:*
*Rei mandatæ omnes ſapientes primùm prævorti decet.*

§. III. (1) *Suæ quidem quiſque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, ſed pleraque ex proprio animo facit: aliena verò negotia exacto officio geruntur: nec quidquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpâ vacuum eſt.* COD. Lib. IV. Tit. XXXV. *Mandati vel contra*, Leg. XXI. Les Interprétes ne ſont pas d'accord ici ſur le degré de ſoin & d'exactitude, dont le défaut authoriſe la perſonne intéreſſée à exiger quelque dédommagement de celui qui s'eſt chargé de ſes affaires, ſoit à ſon inſçu, ou à ſa requiſition: les uns prétendant que l'on eſt reſponſable & dans la *Geſtion d'affaires*, & dans la *Procuration* des *fautes les plus légéres*; mais les autres ſoûtenant, qu'il ſuffit de vaquer aux affaires d'autrui avec la même application que l'on donne ordinairement à ſes propres affaires. Voyez VINNIUS, ſur les *Inſtitutes*, Lib. III. Tit. XXVII. §. II. *num.* 2. Tit. XXVIII. §. I. *num.* 3. & *Select. Quæſtion.* Lib. I. Cap. LII.

le ſoin & toute l'exactitude poſſible à bien ménager les affaires d'autrui dont on s'eſt chargé, quoique la Commiſſion tende uniquement a l'intérêt de celui qui l'a donnée (a). On nous propoſe là-deſſus pour modéle parfait, un illuſtre Romain; c'eſt le célébre *Atticus*, (2) qui, à ce que dit ſon Hiſtorien, *ne promettoit rien de ce qu'on lui demandoit, qu'avec beaucoup de circonſpection; tenant pour légéreté, & non pas pour généroſité empreſſée, de promettre plus qu'on ne peut exécuter* (b). *Mais lorſqu'il s'étoit engagé à une choſe, il s'en acquittoit avec tant de ſoin, qu'il ſembloit travailler à ſes propres affaires, & non pas à celles d'autrui. Jamais il ne ſe laſſoit de pourſuivre ce qu'il avoit entrepris; parcequ'il s'en faiſoit un point d'honneur, & que rien ne lui*

(a) Voyez *Jac. Gothofred.* ad Leg. XXIII. *Dig. de Reg. Juris.*

(b) Voyez *Terent. Andr.* Act. IV. Scen. I. verſ. 5. *& ſeqq.*

Il y a même deux Loix, où il eſt dit aſſez clairement, que le Procureur n'eſt reſponſable que de ſa mauvaiſe foi, ou d'une faute groſſiere, DIGEST. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati vel contra*, Leg. VIII. §. ult. Leg. X. & Mr. NOODT, qui a tâché de la concilier avec les autres, témoigne être fort embarraſſé, & ſe défier de ſa conjecture, *Comment.* page 376. Il ne faut donc pas s'étonner de cette différence d'opinions entre les Docteurs Modernes, puiſque les Juriſconſultes Romains eux-mêmes ou ne s'accordoient pas bien entr'eux ſur la nature & le degré de négligence dont on eſt reſponſable dans la plûpart des Contracts, ou s'expriment du moins dans ce qui nous reſte de leurs Ecrits, d'une maniere ſouvent aſſez ambigue. C'eſt ce que Mr. THOMASIUS a fait voir au long, dans une Diſſertation imprimée à *Hall* en 1705. intitulée, *De uſu practico doctrinæ difficillimæ Juris Romani de Culparum præſtatione in Contractibus.* Il remarque là auſſi, qu'à cauſe de la varieté infinie des circonſtances, il eſt impoſſible d'établir ſur toute cette matiere, aucune Régle generale, qui s'étende à tous les cas. Pour moi, il me ſemble qu'on peut dire en general, que de quelque maniere qu'on ait entre les mains le bien d'autrui, ou qu'on ſe ſoit chargé des affaires de quelqu'un, on eſt toûjours obligé par le Droit Naturel & indépendamment des Loix Civiles, à faire là-deſſus tout ce dont on eſt capable, mais pas à d'avantage; à moins qu'on ne ſe ſoit ingeré mal-à-propos & ſans neceſſité d'une choſe pour laquelle on n'avoit pas l'aveu des intéreſſez, ou que la nature des engagemens exprès ou tacites dans leſquels on eſt entré, ne demande un certain degré d'habileté & d'exactitude, ſoit qu'on puiſſe ou qu'on ne puiſſe point y atteindre. Or j'entends par *ce dont on eſt capable*, tout ce que l'on feroit pour ſoi-même dans les choſes que l'on prend le plus à cœur. Voyez ci-deſſus, §. 6. *Note* 2. bien entendu d'ailleurs qu'on n'étende pas cela au-delà du but & de la nature du Contract; car on ne s'engage pas toûjours à prendre des précautions, ou à faire des dépenſes extraordinaires, ni à négliger d'autres affaires moins importantes en elles-mêmes, pour vaquer à celles d'autrui, comme on le feroit peut-être ſi l'on agiſſoit pour ſoi-même. Ces principes poſez, il ne ſera pas difficile à mon avis, de décider après un examen attentif des circonſtances, quand c'eſt que l'on eſt reſponſable des fautes que l'on a commiſes par rapport à un Contract. Monſieur GUNDLING, célebre Profeſſeur à *Hall* en *Saxe*, témoigne dans ſon *Jus Nat. & Gent.* Cap. XXIII. §. 80, *& ſeqq.* être du ſentiment de Mr. THOMASIUS, ſur l'impoſſibilité de donner ici aucune régle generale: & ainſi il ne faut pas s'étonner qu'il ne s'acommode pas de la mienne. Il avoüe pourtant, qu'elle ne lui paroîtroit avoir rien d'injuſte, ſi elle étoit autoriſée par les Loix. Mais, ajoute-t-il, on ne peut exiger d'un Contractant plus qu'il n'a promis: & de cela ſeul qu'une perſonne s'eſt chargée, par exemple, d'un Depôt qu'il ne tenoit qu'à elle de refuſer, il ne s'enſuit point qu'elle ſe ſoit engagée à un certain dégré de ſoin & d'exactitude. On rend aſſez ſervice ſans cela au Proprietaire du Dépôt, en permettant qu'il mette ſon bien chez nous dans quelque endroit ſûr. C'eſt ſon affaire d'exiger de nous, ſi nous voulons y conſentir, quelque choſe de plus, ou de chercher ailleurs quelqu'un qui ſoit d'humeur de s'y engager. Voilà tout ce qu'on dit, & qui me donnera lieu de me confirmer dans mon opinion, contre laquelle on n'a ſçu dire autre choſe. Comme dans toute Convention & dans tout Contract, il faut ſans contredit avoir égard à l'intention de la Partie principalement intéreſſée, intention qui ſe déduit de la nature même de l'affaire; encore même qu'on ne s'en ſoit pas expliqué formellement: je demande ce que peut penſer un homme à qui un autre apporte une Caſſette pleine de choſes précieuſes, le priant de la lui garder? Peut-il de bonne foi s'imaginer, que le Maitre de cette Caſſette n'exige de lui aucun ſoin? La confiance que celui-ci témoigne en lui, ne permet pas de le ſoupçonner ſeulement. Quand on ne compteroit pas, comme il arrive ſouvent, ſur l'amitié du Dépoſitaire, qui par elle-même engage à faire pour l'Ami autant ou plus que pour ſoi-même; on compte du moins ſur ſa probité. Et la Probité ſe borne-t-elle à ne pas agir en fripon? C'eſt un *ſervice* qu'on demande: le demande-t-on à deſſein d'en recevoir un dommage qui le faſſe dégénerer en mauvais office? Ou l'on connoît par expérience, juſqu'où le Dépoſitaire eſt ſoigneux, ou l'on l'ignore. Si on le connoît, n'y a-t-il pas tout lieu de préſumer, que c'eſt ſur ce pié-là qu'on lui confie la garde de ſon bien, & par conſéquent qu'il s'en charge auſſi ſur ce pié-là? Que ſi on l'ignore, on ſçait du moins que chacun eſt ſoigneux juſqu'à un certain point, pour les choſes dont il croit devoir ſe mettre en peine: & ainſi on eſt cenſé raiſonnablement avoir exigé ce degré d'exactitude. Voilà un point moralement fixé, quoique variable ſelon le génie & l'habitude de chacun. Voilà une régle ſimple & aiſée; ce qui ſeul forme un préjugé favorable de ſa verité. On me permettra donc de m'y tenir juſqu'à ce qu'on l'ait refutée, ou qu'on ait trouvé quelque choſe de meilleur.

(2) *Quidquid rogabatur, religioſe promittebat: quod non liberalis, ſed levis arbitrabatur polliceri quod præſtare non poſſet. Idem in nitendo quod ſemel admiſiſſet, tantâ erat curâ, ut non mandatum, ſed ſuam rem videretur agere. Numquam ſuſcepti negotii eum pertæſum eſt. Suam enim exiſtimationem in ea re agi putabat: quâ nihil habebat carius.* CORNEL. NEPOS *in Vita Attici*, Cap. XV. *Edit. Cellar.*

*étoit plus cher que ſa réputation.* Il faut néanmoins avoir égard ici aux préſomptions que l'on peut avoir euës de l'habileté & de l'exactitude du Procureur, en faiſant réfléxion ſur la maniere dont il s'eſt pris par le paſſé à ménager les affaires dont il étoit chargé, & en général ſur ſa conduite ordinaire; car lorſque l'on a mis ſes affaires entre les mains d'un Négligent ou d'un Etourdi, on ne peut s'en prendre qu'à ſoi-même, s'il s'acquitte mal de la Commiſſion; à moins qu'il ne ſe ſoit particulierement engagé à apporter tous les ſoins d'une perſonne exacte, & qu'il n'ait d'ailleurs pour cela aſſez de (3) capacité.

Le Procureur doit être indemniſé.

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 13.

§. IV. D'AUTRE côté, le Procureur doit être rembourſé des dépenſes qu'il a faites pour exécuter ſa Commiſſion; (a) car il avoit ſtipulé cela tacitement, puiſqu'il n'a promis de donner gratuitement que ſon induſtrie, ſes ſoins, & une attention fidelle à bien ménager l'affaire dont il s'agit; & l'on auroit mauvaiſe grace de prétendre que pour nous rendre ſervice, il lui en coûtat du ſien, outre la peine qu'il prend. Il faut dire la même choſe du dommage qu'il a reçu par un effet propre & direct des choſes auſquelles il vaquoit en faveur d'autrui, mais non pas du dommage qui lui arrive par accident, à l'occaſion de la Commiſſion. Ainſi *on* (1) *n'eſt point tenu*, ſelon les Juriſconſultes Romains, *de dédommager un Procureur de tout ce qu'il n'auroit pas dépenſé, ou perdu, ſans cette Commiſſion; comme, par exemple,* (2) *s'il a été volé, ſi les choſes qu'il portoit avec ſoi ont péri par un Naufrage, s'il eſt tombé malade, lui ou les ſiens; car tout cela doit être regardé comme un ſimple malheur plûtôt que comme une ſuite de la Commiſſion.* En effet, lorſque l'on ſe charge des affaires d'autrui volontairement, & par un pur principe d'amitié ou de bienveillance, on eſt (3) cenſé

(3) L'Auteur, qui veut faire uſage de toutes ſes lectures, rapportoit ici ce conte, tiré de SADUS, *Roſar. Perſic.* Cap. VII. Un homme ayant mal aux yeux, alla demander un remede au Médecin des Mulets. Celui-ci lui frotta les yeux du même onguent dont il ſe ſervoit pour les Mulets. Le Malade en devint aveugle. L'affaire étant portée en Juſtice, le Juge prononça cette ſentence: *Le Médecin n'eſt nullement tenu de réparer le dommage; car ſi le Demandeur n'eût été un Ane, jamais il ne fût allé conſulter le Médecin des Mulets.* Il valloit mieux remarquer, que lors même qu'on ne connoît pas le caractere d'une perſonne, on ne peut exiger d'elle un plus grand ſoin que celui qu'elle apporte aux choſes qu'elle prend le plus à cœur; car elle n'eſt cenſée s'engager que ſur ce pié-là, & ce n'eſt pas ſa faute, ſi l'on a conçu d'elle une trop haute opinion, à moins qu'elle n'ait aidé à y confirmer celui qui paroiſſoit être prévenu en ſa faveur trop avantageuſement.

§. IV. (1) *Non omnia, quæ impenſurus non fuit, mandatori imputabit: veluti, quòd ſpoliatus ſit à latronibus, aut naufragio res amiſerit, vel languore ſuo ſuorumque adprehenſus quædam erogaverit; nam hæc magis caſibus quàm mandato imputari oportet.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati, vel contra*, XXVI. §. 6. Voyez *Daumat*, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. I. Tit. XV. Sect. II. §. 6.

(2) Mais s'il a entrepris le voyage tout exprès, comme on le ſuppoſe; ces pertes, quoiqu'arrivées par un cas fortuit, doivent être regardées comme une veritable ſuite de l'exécution du Contract: car, ſi l'on fût demeuré chez ſoi, on n'auroit été expoſé ni à la Tempête ni aux Voleurs de grand chemin. Ainſi cela peut être mis au même rang que les dépenſes faites pour vaquer à la Commiſſion, lorſqu'il s'agit des hardes, ou autres choſes néceſſaires pour le voyage. Il n'en eſt pas tout-à-fait de même, quand on tombe malade; car il n'y a pas pour l'ordinaire des preuves ſuffiſantes que ce ſoit un effet des fatigues du Voyage; & s'il y en avoit, il faudroit auſſi rembourſer au Procureur les frais de la maladie. Mais je ne doute pas qu'on ne doive avoir égard à ce qu'il lui en coûte de plus que s'il eût été malade chez lui. Voyez la *Note* ſuivante.

(3) Sur quoi eſt fondée cette préſomption? J'aimerois autant dire, que celui qui ſe charge d'une Commiſſion veut auſſi l'executer à ſes dépens. Car enfin, ſelon notre Auteur même, on ne prétend donner ici gratuitement que ſa peine; & comme les cas fortuits dont il s'agit, peuvent arriver tous les jours, la commiſſion ſeroit certainement fort onéreuſe, s'ils devoient être pour le compte du Procureur. Ainſi je ne vois pas pourquoi on croiroit qu'il s'engage à ſupporter les pertes auſquelles il ſera expoſé par-là, plûtôt que les frais qu'il faudra faire pour s'acquitter de la Commiſſion. La verité eſt qu'on peut dire au contraire, que perſonne ne doit être cenſé vouloir bien courir les riſques des accidens imprévûs qui ne lui ſeroient pas vraiſemblablement arrivez ſans la Commiſſion; à moins qu'il n'ait témoigné clairement y conſentir, ce qui n'a pas lieu pour l'ordinaire. Ceux qui prennent des Commiſſions, dans l'execution deſquelles on eſt ſujet à de pareils cas, ne veulent guéres, ou ne peuvent même pas être officieux à un tel point; & ceux qui en ont le pouvoir & la volonté, feront auſſi-bien la liberalité toute entiere, enſorte qu'ils ne demanderont, ni un dédommagement des malheurs qui leur ſont arrivez, ni un rembourſement de ce qu'ils ont dépenſé en s'acquittant de la commiſſion.

vouloir bien courir les riſques de tous les cas fortuits qui arrivent dans la Vie. Autre choſe eſt, lorſque la Commiſſion vient d'un Supérieur : car, en ce cas-là, comme il n'a pas été libre de la refuſer, celui qui l'a donnée eſt obligé à un plus grand dédommagement. Mais ſi l'on ſe charge d'une affaire périlleuſe par elle-même, (4) on eſt cenſé prendre ſur ſon compte les accidens ordinaires auſquels ces ſortes d'entrepriſes ſont ſujettes (b), à moins que l'on n'ait ſtipulé expreſſément le contraire.

(b) Voyez *Mornac.* ſur la Loi qui vient d'être citée; & *Digeſt.* Lib. XVII. Tit. II. *Pro ſocio*, Leg. LII. §. 4.

Si l'on peut s'acquitter d'une Commiſſion par équivalent?

§. V. IL y a encore ici une fameuſe queſtion à examiner, ſçavoir, *ſi l'on peut s'acquitter d'une Commiſſion par équivalent?* Voici ce que l'on trouve là-deſſus dans AULU GELLE. (1) *On demande*, dit-il, *ſi lorſque vous êtes chargé d'une Commiſſion, & que l'on vous a preſcrit poſitivement la maniere dont vous devez vous y prendre, vous pouvez, nonobſtant cela, prendre d'autres meſures, ſuppoſé que vous jugiez que par-là l'affaire réüſſira mieux, & à l'avantage de celui pour qui vous agiſſez? Il y en a pluſieurs qui le nient abſolument, & qui prétendent, qu'auſſi-tôt que la perſonne intéreſſée, à qui il appartient de régler la Commiſſion comme elle juge à propos, a une fois décidé de quelle maniere on doit s'y conduire, il faut ſuivre ponctuellement ſes ordres, quand même il ſurviendroit quelque cas imprévû qui donnât lieu de croire que la choſe ira mieux en prenant une autre voye : de-peur que, ſi le ſuccès ne répond pas à nos eſpérances, on ne ſoit accuſé de déſobéïſſance, & puni ſans rémiſſion; ou que, ſi par un effet de la Bonté Divine l'affaire vient à réüſſir, on ne donne un mauvais exemple de rendre inutiles des meſures bien concertées, en négligeant les ordres qu'on a reçus. D'autres diſent au contraire, qu'il faut comparer les inconvéniens qui ſont à craindre en agiſſant d'une autre maniere qu'il n'a été preſcrit, avec les avantages qu'on a lieu de s'en promettre, & que ſi les derniers paroiſſent plus conſidérables, à en juger par toutes les apparences, on peut alors, ſans balancer, ſe diſpenſer de ſuivre ſes ordres, pour ne pas laiſſer paſſer l'occaſion favorable que la Providence Divine nous fournit de faire quelque bon coup au profit de celui qui nous a confié ſes intérêts. Quand on ne s'éloigne de ſes ordres que pour de telles raiſons, il n'eſt point à craindre que l'exemple qu'on donne ſoit ſujet à de fâcheux inconvéniens. Mais, ajoutent ceux-ci, la Prudence veut que l'on*

(4) Point du tout, à moins qu'on ne s'en ſoit formellement expliqué. Voyez la *Note* précédente. Au contraire, plus on connoît l'affaire périlleuſe, & moins il y a lieu de croire qu'on s'en chargeroit, ſi l'on ne comptoit d'être dédommagé de ce qui arrivera. C'eſt alors à la perſonne intéreſſée à voir s'il lui convient de courir le riſque du dédommagement, ou à exiger du Procureur qu'il l'en diſpenſe.

§. V. (1) *In officiis capiendis, cenſendis judicandiſque quæ Græcè* καθήκοντα *Philoſophi adpellant, quæri ſolet, an negotio tibi dato, & quid omnino faceres definito, contra quid facere debeas, ſi eo facto videri poſſit res eventura proſperiùs, exque utilitate ejus, qui id tibi negotium mandavit? Anceps quæſtio, & in utramque partem à prudentibus viris arbitrata eſt. Sunt enim non pauci, qui ſententiam ſuam una in parte defixerint, & re ſemel ſtatuta deliberataque ab eo, cujus negotium id pontificiumque eſſet, nequaquam putaverint contra dictum ejus eſſe faciendum, etiamſi repentinus aliquis caſus rem commodiùs agi poſſe polliceretur; ne ſi ſpes fefelliſſet, culpa imparentiæ, & pœna indeprecabilis ſubeunda eſſet : ſi res fortè melius vertiſſet, Diis quidem gratia habenda; ſed exemplum tamen intromiſſum videretur, quo bene conſulta conſilia religione mandati ſoluta corrumperentur. Alii exiſtimaverunt incommoda priùs, quæ metuenda eſſent, ſi res geſta aliter foret, quàm imperatum eſt, cum emolumento ſpei penſitanda eſſe : & ſi ea leviora minoraque, utilitas autem contrà gravior & amplior ſpe quantum poteſt firma oſtenderetur, tum poſſe adverſum mandata fieri cenſuerunt, ne oblata divinitus rei bene gerendæ occaſio amitteretur. Neque timendum exemplum non parendi crediderunt, ſi rationes dumtaxat hujuſcemodi non adeſſent. Cumprimis autem reſpiciendum putaverunt ingenium naturamque illius, cujæ res præceptumque eſſet; ne ferox, durus, indomitus, inexorabiliſque ſit, qualia fuerunt Poſtumiana imperia, & Manliana. Nam ſi tali Præceptori ratio reddenda ſit, nihil faciendum eſſe monuerunt aliter, quàm præceptum eſt.* AUL. GELL. Lib. I. Cap. XIII. Au reſte, notre Auteur n'a point entendu ces paroles : *ſunt enim non pauci, qui ſententiam*, &c. car il les alléguoit, comme le fondement des raiſons de ceux qui tiennent la négative, & comme ſi elles ſignifioient, *qu'il y a bien des gens, qui ayant pris une fois un parti ne veulent point en démordre* : au lieu qu'AULU-GELLE veut dire ſeulement, qu'*il y a bien des gens qui décident abſolument en matiere du pour & du contre de cette queſtion*, &c. Il faut encore remarquer, que dans la période qui commence par *Neque timendum exemplum*, &c. il y a quelque choſe de corrompu, quoique le ſens ſe découvre très-clairement. On peut voir là-deſſus la *Note* de J. FRIDER. GRONOVIUS.

*examine bien avec qui l'on a affaire ; car, ſi celui de qui l'on tient la Commiſſion eſt d'un naturel dur, farouche, intraitable, inexorable* (a), *le plus ſûr eſt de ne rien entreprendre que ce qu'il a lui-même preſcrit* (2), *& de la maniere qu'il l'a preſcrit.*

GROTIUS (b) croit que l'*on peut s'acquitter d'une commiſſion en faiſant quelque autre choſe d'auſſi utile, ou de plus avantageux ; pourvû que l'on ſoit aſſuré que ce qui avoit été preſcrit, ne l'avoit pas été préciſément comme tel & d'une maniere déterminée ; mais pour une raiſon plus générale*, ou en vûe de quelque utilité *que l'on peut procurer autrement.* Pour entendre cela, il faut remarquer, que quand on donne une commiſſion à quelqu'un, on ſe contente quelquefois de lui expoſer l'affaire dont on le charge, ſans lui preſcrire poſitivement la maniere dont il doit s'y prendre, laiſſant cela à ſon habileté & à ſa prudence. C'eſt là-deſſus qu'eſt fondé le Proverbe commun : *Envoyez une perſonne ſage, & vous n'aurez que faire de lui rien dire.* Quelquefois on fait mention de la maniere dont celui que l'on charge d'une Commiſſion doit ſe conduire ; mais ſeulement en forme de conſeil, & comme de ce qu'on juge le plus propre à réuſſir ; enſorte néanmoins qu'on ne défend pas au Procureur d'uſer de ſon habileté & de ſa prudence, s'il trouve moyen de venir à bout de l'affaire par quelque autre moyen plus commode. Quelquefois enfin on preſcrit abſolument la maniere dont le Procureur doit s'y prendre, & on prétend qu'il ne s'en écarte pas le moins du monde, quoiqu'il arrive. On voit bien, que de ces trois cas il n'y a que les deux premiers où l'on puiſſe s'acquitter de la Commiſſion par équivalent. On allégue là-deſſus cette Loi du Droit Romain : (3) Titius *avoit donné ordre à* Gajus *de répondre pour* Mévius *auprès*

(a) Tel quétoit *Cn. Piſon*, dont parle *Seneque*, *de Ira*, Lib. I. Cap. XVI. Voyez au contraire des exemples de douceur dans *Xiphilin*, *ad ann.* 118. & *Zonar.* Tome II. au ſujet de l'Empereur *Hadrien* ; & dans *Lampridius*, au ſujet de *Commode*, Cap. I.

(b) *Liv. II. Chap. XVI. §. 21.*

(2) Notre Auteur rapportoit ici un exemple allegué dans AULU-GELLE, en y ajoûtant une réfléxion que fait là-deſſus MONTAGNE. Mais écoutons parler MONTAGNE lui-même, & rapportons plus au long ce qu'il dit là-deſſus, après avoir blâmé la conduite de deux Ambaſſadeurs François, qui ſous prétexte *de ne pas pouſſer leur Maitre à quelque mauvais parti*, ne lui donnoient pas avis exactement de ce qui ſe paſſoit. Voici comme il continuë : „ Quoy qu'il en ſoit, je „ ne voudrois pas eſtre ſervy de cette façon en mon „ petit faict. Nous nous ſouſtrayons ſi volontiers du „ commandement, ſous quelque pretexte, & uſur- „ pons ſur la maiſtriſe : chacun aſpire ſi naturellement „ à la liberté & authorité, qu'au Superieur nulle uti- „ lité ne doit être ſi chere, venant de ceux qui le ſer- „ vent, comme lui doit eſtre chere leur ſimple & „ naïfve obéïſſance. On corrompt l'office du comman- „ der, quand on y obéït par diſcretion, non par ſu- „ jection. [ Cette penſée eſt priſe d'AULU-GELLE, *ubi ſupra : Corrumpi atque diſſolvi officium omne imperantis ratus, ſi quis ad id, quod facere juſſus eſt, non obſequio debito, ſed conſilio non deſiderato reſpondeat.* ] „ Et „ *P. Craſſus* [ *Mucianus* ], celui que les *Romains* eſti- „ merent cinq fois heureux, lorſqu'il eſtoit en *Aſie* „ Conſul, ayant mandé à un Ingénieur Grec, de luy „ faire mener le plus grand des deux mas de Navire, „ qu'il avoit veu à *Athenes*, pour quelque Engin de „ batterie qu'il en vouloit faire : cettuy-ci, ſous titre „ de ſa ſcience, ſe donna loy de choiſir autrement, „ & mena le plus petit, & ſelon la raiſon de l'art, le „ plus commode. *Craſſus* ayant patiemment ouï ſes rai- „ ſons lui fit très-bien donner le foüet : eſtimant l'in- „ téreſt de la diſcipline plus que l'intéreſt de l'ouvra- „ ge. D'autre part pourtant on pourroit auſſi conſide- „ rer, que cette obéïſſance ſi contrainte n'appartient „ qu'aux commandemens precis & prefix. Les Am- „ baſſadeurs ont une charge plus libre, qui en plu- „ ſieurs parties dépend ſouverainement de leurs diſ- „ poſition. Ils n'exécutent pas ſimplement mais for- „ ment auſſi, & dreſſent par leur conſeil la volonté „ du Maiſtre. J'ai veu en mon tems des perſonnes de „ commandement, repris d'avoir plûtôt obéï aux pa- „ roles des lettres du Roy, qu'à l'occaſion des affai- „ res qui eſtoient près d'eux. Les hommes d'enten- „ ment accuſent encore aujourd'huy l'uſage des Roys „ de *Perſe*, de tailler les morceaux ſi courts à leurs „ Agents & Lieutenants, qu'aux moindres choſes ils „ euſſent à recourir à leur ordonnance : ce delay en „ une ſi longue eſtenduë de domination, ayant ſou- „ vent apporté des notables dommages à leurs affaires. „ Et *Craſſus*, eſcrivant à un homme du meſtier, & luy „ donnant advis de l'uſage auquel il deſtinoit ce mas, „ ſembloit-il pas entrer en conférence de ſa délibera- „ tion, & le convier à interpoſer ſon décret ? *Eſſais*, Liv. I. Chap. XVI. à la fin *page* 52, 53. *Edit. de Londres*, page 91, 92. *Edit. de la Haye* 1727.

(3) *Mandavi in hæc verba*, *Lucius Titius Gaio* ſuo ſalutem, Peto, & mando tibi, ut fidem dicas pro *Publio Mævio* apud *Sempronium* : quæque à *Publio* ſoluta tibi non fuerint, me repræſentaturum, hac epiſtolâ, manu meâ ſcriptâ, notum tibi facio : *Quæro, ſi non fidejuſſiſſet, ſed mandaſſet creditori, & aliàs egiſſet quàm* (*quod*) *ei mandatum eſſet, an actioni mandati teneretur ? Reſpondit, teneri.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati, vel contra*, Leg. LXII. §. 1. Voyez ARN. VINNIUS, ſur les *Inſtitutes*, Lib. III. Cap. XXVII. *de Mandato*, §. 8. Mais lorſqu'on a veritablement excedé le pouvoir de ſa Commiſſion, perd-on tout recours contre celui qui l'avoit donnée ? ou peut-on prétendre du moins le rembourſement de ce qu'on a dépenſé jusqu'à

*auprès de* Sempronius. Gajus; *au lieu de cela, donna ordre à* Sempronius *de prêter de l'argent à* Mevius. *On demande ſi* Gajus *a action de Mandement contre* Titius? Les Juriſconſultes répondent, qu'oui. En effet, *Titius* a obtenu ce qu'il ſe propoſoit, qui eſt que *Sempronius* prêtât de l'argent à *Mévius*: & c'eſt tout un pour lui, que *Gajus* ſe ſoit rendu caution pour *Mévius*, ou qu'il ait donné ordre à *Sempronius* de lui prêter; puiſque, dans l'un & dans l'autre cas, il eſt également obligé de rembourſer à *Gajus* ce que celui-ci aura donné du ſien ou fait donner pour ce ſujet à *Mévius*.

Mais comme l'a remarqué un (c) Commentateur de GROTIUS, il faut diſtinguer ici entre le *Mandement* (d) *d'un Superieur*, & le *Mandement* (e) *d'un Egal*; c'eſt-à-dire, entre les Commiſſions dont on eſt chargé par ordre du Souverain, ou de quelque autre perſonne de qui l'on dépend, & celles dont on ſe charge ſoi-même par un Contract de Particulier à Particulier. Ces deux *Mandemens* ſont très-différens, & n'ont rien de commun que le nom; ainſi c'eſt mal-à-propos qu'on applique aux ordres des Superieurs, ce que les Juriſconſultes diſent du Contract de Procuration ou de Commiſſion. Dans les affaires particulieres on préſume aiſément que la maniere d'executer une Commiſſion n'a été preſcrite qu'en forme de conſeil, qui peut être ſuivi ou changé par le Procureur, comme il le jugera à propos. Mais lorſqu'on donne charge à une perſonne ſur qui l'on a autorité, on eſt cenſé ne lui laiſſer que la gloire d'executer purement & ſimplement ce qu'on lui preſcrit, & de la maniere qu'on lui preſcrit; à moins que, comme cela ſe pratique ſouvent, l'ordre ne contienne une clauſe expreſſe qui lui permette d'y ſuppléer ou d'y changer quelque choſe ſelon que les affaires & les circonſtances le demanderont; ou que cette permiſſion ne ſoit tacitement renfermée dans les paroles mêmes, entenduës conformément au but de la Commiſſion, & aux vûes du Supérieur qui l'a donnée, ſelon les régles de la droite raiſon, & les maximes généralement reçues des gens de bon ſens; car on tient pour la véritable volonté d'une perſonne, ce qui ſuit de ſes paroles dûëment interprétées. Mais il ne faut pas avoir recours ſans néceſſité à ces ſortes d'interprétations, (4) autrement toute l'autorité des Supérieurs ſe réduiroit à rien, & les affaires de l'Etat iroient ſouvent mal, ſi

(c) *Boëcler.* Diſſert. *de religione Mandati*, pag. 240. & *ſeqq. Edit.* 1700.

(d) *Mandatum imperantis.*

(e) *Mandatum committentis.*

juſqu'à la concurrence du pouvoir? Les Juriſconſultes ſe partagerent là-deſſus: mais JUSTINIEN a autoriſé la derniere déciſion. Voyez CUJAS, *Obſerv.* Lib. XII. Cap. 34. & les Interprétes, ſurtout JEAN DE LA COSTE, ſur INSTITUT. Lib. III. Tit. XXVI. §. 8. On a donné ordre, par exemple, d'acheter une Maiſon dix mille Ecus: le Commiſſionnaire en donne douze mille, & il ſe condamne généreuſement à perdre tout ce que l'autre lui reproche d'avoir dépenſé au-delà de ſes intentions. Ecoutons là-deſſus Mr. de TOUREIL. » L'homme (dit-il) qui donne pouvoir de lui acheter une Maiſon, que veut-il? Acquérir une Maiſon, » & ne l'acheter qu'à un certain prix. Ces deux deſſeins ont leur accompliſſement parfait, quand le » Mandataire achete une Maiſon, & que pour tout » rembourſement il ſe contente du prix qu'on y deſtinoit. Qu'importe qu'elle coûte davantage, ſi l'on » n'en paye ni plus ni moins? On ne voit pas ce qui » bleſſe le bizarre qui vient d'acquerir par Procureur. Il eſt bien délicat; il refuſe de gagner. On ne » l'écouteroit pas s'il vouloit, ſous prétexte qu'une » Maiſon vaut plus qu'on ne l'eſtime, ſe dédire de » l'acheter: ou plûtôt pour la rareté du fait, on viendroit de toutes parts entendre un homme qui le » premier s'aviſeroit de déclamer contre le trop bon » marché .... JUSTINIEN auſſi ſe range ouvertement » du parti de PROCULUS, & je ne m'en étonne pas. » J'admire ſeulement que cette queſtion ait pû jamais » paroître problematique. Il falloit qu'autrefois on » raffinât bien plus qu'aujourd'hui ſur la ſcience des » mauvais incidens, &c. ESSAIS DE JURISPRUD. Queſt. » VI. On lira avec plaiſir tout le reſte de ce Chapitre, » où l'Auteur expoſe, avec ſon éloquence ordinaire, » les raiſons de part & d'autre.

(4) C'eſt ainſi qu'*Othon* dit, dans TACITE, Hiſt. Lib. I. Cap. LXXXIII. num. 6. *Si, cur jubeantur, quærere ſingulis liceat; pereunte obſequio, etiam imperium intercidit.* » S'il étoit permis à chacun, au lieu d'obéïr aux ordres qu'il reçoit du Prince, d'en demander la raiſon: il n'y auroit plus d'obéïſſance, & par » conſequent plus d'autorité. Voyez auſſi Lib. II. Cap. XXXIX. Tit. Liv. Lib. XLIV. Cap. XXXIV. & DIGEST. Lib. XLIX. Tit. XVI. *De re militari*, Leg. III. §. 15. Un Viceroi des *Indes* trouvant une belle occaſion de s'emparer de la ville d'*Adéne*, ne voulut pas le faire, quelque conſidérable que dût être cette priſe, parcequ'il n'en avoit pas ordre du Roi d'*Eſpagne* ſon Maître: comme nous l'apprend HIERON. OSORIUS *de geſtis Emanuelis*, Lib. XI. Toutes citations de l'Auteur.

les Miniſtres, ceux même du plus haut rang, s'ingeroient d'exercer de leur chef les actes propres au Souverain, quoique quelquefois ils faſſent (f) bien de ne pas executer les ordres qu'il a donnez inconſidérement & à l'étourdie.

(f) Voyez II. *Samuel XVIII*, 12. 14. *XIX*, 6. *Corn. Nepos*, *in Epamin*ond. Cap. VII, VIII. *Valer. Max.* Lib. III. C. VIII. §. 1. *Buſſiéres*, Hiſt. de France, L. XI. p. 391. au ſujet de *Bavaler*, à qui le Duc de *Bretagne* avoit ordonné de faire mourir le Connétable *Olivier de Cliſſon*.

* Du *Prêt à l'uſage*, & en quoi il différe du *Précaire*.

* §. VI. UNE autre ſorte de *Contract Bienfaiſant*, c'eſt le PRET A USAGE (1), par lequel *on accorde à autrui grâtuitement l'uſage d'une choſe qui nous appartient.* Voici en général les Régles de ce Contract. 1. On doit garder & entretenir (2) la choſe empruntée, avec tout le ſoin que les perſonnes les plus aviſées & les plus circonſpectes prennent ordinairement de leur propre bien. 2. Il ne faut pas s'en (3) ſervir à d'autres

§. VI. (1) C'eſt ainſi qu'il a falu exprimer le terme Latin, *Commodatum*; celui de *Prêt* tout ſeul ſe diſant également & du Contract dont il s'agit ici, & du *Mutuum*, que j'appellerai *Prêt à conſomption*: car il n'y a point d'autre mot François pour les diſtinguer. Voici comment le Droit Romain définit le *Commodatum*, ou *Prêt à uſage*. *Commodata autem res tunc propriè intelligitur, ſi nullâ mercede acceptâ vel conſtitutâ, res tibi utenda data eſt: alioqui mercede interveniente, locatus tibi uſus rei videtur. Gratuitum enim debet eſſe commodatum.* INSTITUT. Lib. III. Tit. XV. §. 2. Voyez DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel.* I. Part. Liv. I. Tit. V.

(2) *Aliàs tamen* [ is qui utendum accepit ] *exactiſſimam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare compellitur: nec ſufficit ei eamdem diligentiam adhibere, quam ſuis rebus adhibet, ſi alius diligentior cuſtodire poterit.* DIGESTE, Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & action.* Leg. I. §. 4. Voyez auſſi Lib. XIII. Tit. VI. *Commod. vel contra*, Leg. V. §. 5. Appliquons & expliquons en même tems ici ce que nous avons dit ſur le §. 3. *Note* 1. A conſidérer la choſe en elle-même, celui qui emprunte n'eſt tenu que d'avoir le même ſoin qu'il ſe donneroit pour ſon propre intérêt en matiere de ce qui lui tient le plus au cœur. Je dis *en matiere de ce qui lui tient le plus au cœur*: car, ſi l'on y fait bien attention, on remarquera que les perſonnes les plus négligentes deviennent aſſez ſoigneuſes, quand il s'agit de quelque choſe qui les touche vivement. Le peu de ſoin qu'elles ont ordinairement de leurs affaires, vient de ce qu'elles ne s'y affectionnent pas aſſez pour avoir le courage de ſurmonter le panchant qui les porte à la pareſſe, ou pour ſe détourner d'une occupation qui les attache beaucoup, ou pour ſe priver de quelque plaiſir qu'elles aiment mieux. Dans tout ce qui a du rapport aux objets qui ſe ſont comme emparez de leur attachement, ou lorſque quelque choſe d'extraordinaire les frappe & les réveille, elles ſçavent bien s'évertuer & prendre d'aſſez bonnes précautions ou d'aſſez juſtes meſures, à moins que ce ne ſoient des gens d'une ſtupidité exceſſive. Ainſi la Régle que je donne, ne tend point à autoriſer ou à excuſer la négligence. Chacun aura ordinairement aſſez de ſoin des affaires ou du bien d'autrui, tant qu'il fera tout ce qu'il feroit pour ſoi-même dans les choſes auſquelles il s'intéreſſe le plus; & je demande toûjours ce degré d'exactitude, au lieu que les Juriſconſultes permettent de demeurer beaucoup au-deſſous dans quelque Contract. On ne peut pas diſpoſer des intérêts d'autrui, comme des ſiens propres; & ainſi quand on a en main les affaires ou le bien de quelqu'un, on eſt cenſé s'être engagé à ne rien négliger de ce qui dépend de nous. Mais auſſi lorſqu'on a porté juſques-là le ſoin & la diligence, c'eſt tout ce que peuvent demander les intéreſſez; à moins qu'on ne ſe ſoit clairement engagé à quelque choſe de plus. Que ſi le ſoin de notre propre bien ou de nos affaires ſe trouve en concurrence avec le ſoin du bien ou des affaires d'autrui, enſorte qu'on ne puiſſe point vaquer en même-tems à l'un & à l'autre: il eſt naturel que le premier l'emporte: chacun pouvant, toutes choſes d'ailleurs égales, penſer à ſoi plûtôt qu'aux autres. Deſorte que cet ordre ne doit être renverſé que pour ſatisfaire à un engagement particulier, exprès ou tacite. Revenons maintenant au Contract dont il s'agit. Je dis donc que, quoiqu'un homme ſoit mal propre chez lui, & qu'il laiſſe tout à l'abandon, il n'eſt pas pour cela moins reſponſable de ſa négligence, lorſqu'il a gâté ou qu'on lui a pris ce qu'il avoit emprunté: car il eſt certain, que ſi une pareille choſe lui eût appartenu & qu'il l'eût beaucoup aimée, ou qu'il eût eu quelque raiſon extraordinaire de la maintenir en bon état, & de faire tout ſon poſſible pour ne pas la perdre, il l'auroit mieux ſerrée & mieux conſervée. Mais lorſqu'il a fait tout ce qu'il auroit pû faire en ce cas-là, le but & la nature du *Prêt à uſage*, conſideré en lui-même, ne demanderoit plus rien de lui, quand même d'autres perſonnes plus propres ou plus aviſées auroient pû manier la choſe plus délicatement, & la mettre plus à couvert des cas fortuits; s'il n'y avoit ici ordinairement une Convention tacite, par laquelle on s'engage non ſeulement à dédommager le Proprietaire, au cas que la choſe empruntée ſe trouve gâtée ou endommagée conſidérablement; mais encore à la payer ſi elle vient à périr entre nos mains, même ſans qu'il y ait de notre faute, pourvû qu'elle eût pû ſe conſerver entre les mains de celui qui l'a prêtée. En effet, peu de gens voudroient prêter ſans cela, ſurtout lorſqu'ils ſeroient incommodez d'une telle perte. On ſupporte, quoiqu'avec peine, le chagrin de voir une choſe renduë ſale, ou en mauvais état, pourvû qu'on puiſſe s'en ſervir encore comme auparavant, ou la faire raccommoder à peu de frais. Mais quand elle a péri entierement, ou qu'elle eſt perduë, on ne s'embarraſſe guéres de diſtinguer s'il y a, ou non, de la faute de celui à qui on en avoit accordé l'uſage pour lui faire plaiſir: on croit qu'il ſuffit de conſiderer que, ſi on l'eût gardée chez ſoi, elle auroit pû être garantie d'un pareil accident, & que ce n'eſt pas notre faute ſi elle y a été expoſée entre les mains de celui qui s'en ſervoit.

(3) En uſer autrement, c'eſt un Larcin, ſelon les Juriſconſultes Romains, dont les expreſſions ſont ici un peu outrées. *Sive is, qui rem utendam accepit, in alium uſum eam transferat, quam cujus gratia ei data eſt; furtum committit: veluti ſi quis argentum utendum acceperit, quaſi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregrè ſecum tulerit: aut ſi quis equum geſtandi causâ commodatum ſibi longiùs aliquò duxerit; quod Veteres ſcripſerunt de eo qui in aciem equum perduxiſſet.* INSTIT. Lib. IV. Tit. I. *De obligation. quæ ex delicto naſcuntur*, §. 6.

uſages, ni plus long-tems que le Proprietaire ne l'a permis. 3. Il faut la rendre en ſon entier, & telle qu'on l'a reçue, ou du moins ſans autre détérioration que celle qui eſt un effet inévitable de l'uſage ordinaire (4); car le Maître de la choſe s'eſt engagé tacitement à ne rien demander pour cela. 4. Si après avoir emprunté une choſe pour un certain tems, le Proprietaire vient à en avoir beſoin lui-même avant le terme convenu, par un accident auquel on n'avoit point penſé dans le tems de l'accord, on doit la rendre ſans différer, auſſi-tôt qu'on en eſt requis; car il y a tout lieu de préſumer que perſonne ne prête ſon bien qu'auſſi long-tems qu'il peut s'en paſſer lui-même ſans s'incommoder, & il faut être bien peu ſoigneux de ſes affaires, ou vouloir ſe moquer des gens, pour prêter juſqu'à un certain terme abſolument, & quoiqu'il arrive. Lors donc que l'on prête pour un certain tems, il y a toûjours une condition tacite, par laquelle on ſe réſerve le droit de redemander la choſe prêtée, s'il ſe trouve qu'on en ait grand beſoin avant le terme expiré. Mais hors ce cas-là, il faut la laiſſer à celui qui l'a empruntée, pendant tout le tems ſur lequel il a eu lieu de compter (5).

Le Droit Romain diſtingue entre le *Prêt à uſage*, & le *Précaire*, qui ſont l'un & l'autre gratuits, & ont pour objet les mêmes choſes; mais qui différent en ce que le *Précaire* n'eſt pas un Contract, ni un Acte obligatoire de part & d'autre. D'ailleurs, dans le *Prêt à uſage* on accorde l'uſage de la choſe pour un certain tems, ou pour de certains beſoins, au lieu que le *Précaire* ne dure (6) qu'autant qu'il plaît à celui qui prête. Enfin à l'égard du *Prêt à uſage* on eſt reſponſable de la moindre négligence au ſujet de la choſe empruntée, au lieu que celui qui a une choſe d'emprunt ſimplement *Précaire*, n'eſt reſponſable que de ſa mauvaiſe (7) foi, & d'une négligence groſſiere (a) qui en approche.

(a) Voyez *Wiſſembach.* ad Dig. Diſput. XLIV. §. 19.

Voyez auſſi Digest. Lib. XIII. Tit. VI. *Commodati vel contra*, Leg. V. §. 8. & Lib. XLVII. Tit. II. *De Furtis*, Leg. LIV. §. 1. Valer. Max. Lib. VIII. Cap. II. §. 4. A. Gellius, Lib. VII. Cap. XV. Paſſages que l'Auteur citoit. Mais les mêmes Juriſconſultes ajoûtent, que quand on a lieu de préſumer que le Maître de la choſe empruntée nous permettroit d'en faire un autre uſage que celui dont on eſt convenu, s'il ſçavoit ce qui ſe paſſe; il n'y a rien alors de blâmable. *Placuit tamen, eos qui rebus commodatis aliter uterentur, quàm utendas acceperint, ita furtum committere, ſi ſe intelligant id invito domino facere, eumque ſi intellexiſſet, non permiſſurum: at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri: optima ſane diſtinctione: quia furtum ſine adfectu furandi non committitur.* Instit. *ubi ſuprà*, §. 7.

(4) *Si reddita quidem ſit res commodata, ſed deterior reddita, non videbitur reddita, niſi quod intereſt præſtetur.* Digest. Lib. XIII. Tit. VI. *Commod. vel contra*, Leg. III. §. 1. *Si commodavero tibi equum, quo utereris uſque ad certum locum, ſi nulla culpa tua interveniente, in ipſo itinere deterior equus factus ſit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem ſuſtinere non potuit.* Ibid. *Leg.* XXIII.

(5) Sans quoi il auroit pû prendre d'autres meſures, pour s'accommoder. *Sicut autem voluntatis & officii magis, quàm neceſſitatis eſt, commodare, ita modum commodati, finemque præſcribere, ejus eſt, qui beneficium tribuit. Cùm autem id fecit (id eſt, poſtquam commodavit), tunc finem præſcribere, & retro agere, atque intempeſtivè uſum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, ſed & ſuſcepta obligatio inter dandum accipiendumque: geritur enim negotium invicem.... Igitur ſi pugillares mihi commodaſti*, ut debitor mihi caveret, *non rectè facies importunè repetendo: nam ſi negaſſes, vel emiſſem, vel teſtes adhibuiſſem.* Digest. *ubi ſuprà*, Leg. XVII. §. 3.

(6) *Precarium eſt quod precibus petenti utendum conceditur tandiù, quamdiù is qui conceſſit, patitur.* Digest. Lib. XLIII. Tit. XXVI. *De Precario*, Leg. I. *princ.*

(7) *Illud adnotatur, quod culpam non præſtat is qui precario rogavit, ſed ſolum dolum præſtat: quamquam is qui commodatum ſuſcepit, non tantum dolum, ſed etiam culpam præſtat. Nec immeritò dolum ſolum præſtat is qui precario rogavit: cùm totum hoc ex liberalitate deſcendat ejus, qui precario conceſſit; & ſatis ſit, ſi dolus tantùm præſtetur. Culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit?* Ibid. *Leg.* VIII. §. 3. Voyez Cujas, Obſerv. IV, 7. Au reſte, Mr. Thomasius, dans ſa Diſſertation *de Culparum præſtatione in contractibus*, Cap. I. §. 48. *& ſeqq.* fait voir que cette diſtinction entre le *Prêt à uſage* & le *Précaire*, eſt uniquement fondée ſur les ſubtilitez de la Juriſprudence Romaine, & qu'il y a même quelque choſe de bizarre dans la raiſon qu'Ulpien allégue ici, auſſi-bien que dans la comparaiſon qu'on fait ailleurs du *Précaire* avec les *Donations entre-vifs*. Voyez le même Auteur, dans une autre Diſſertation, *De natura Precum Judicarum*, §. 20. *& ſeqq.* Mr. Noodt dans ſon Commentaire, *page* 319. dit, que celui qui a accordé l'uſage d'une choſe par *précaire*, pouvant ſe la faire rendre toutes les fois & quantes que bon lui ſemble, il ne doit s'en prendre

On demande, ſi lorſque la choſe vient à périr par un cas fortuit, dont l'Emprunteur n'á pû la garantir, il eſt tenu de la payer ou d'en rendre une autre de même ſorte? Le commun des Docteurs le nie (8). Mais, à mon avis, il faut diſtinguer, s'il y a

qu'à lui-même, de ce qu'il ne l'a pas fait, lorſqu'il ſoupçonnoit de négligence celui qui s'en ſervoit par un pur effet de ſa liberalité. Mais a-t-on toûjours des raiſons ſuffiſantes pour entrer dans de tels ſoupçons? D'ailleurs, le défaut de limitation du tems, ou de l'uſage, eſt ſouvent en faveur de celui à qui l'on prête, pour laiſſer à ſa diſcrétion de rendre la choſe ſans qu'on la lui demande. Et après tout, à en juger par les ſeules lumieres de la Raiſon, indépendamment de l'Autorité, je ne vois point de fondement ſolide à la différence conſidérable que met le Droit Romain entre les engagemens de celui à qui l'on accorde gratuitement l'uſage de ſon bien d'une maniere déterminée, & ceux d'un autre à qui on ne l'accorde que d'une maniere indéterminée. Il ſemble au contraire, que par cela même qu'on ſe réſerve la liberté de redemander, quand on voudra, la choſe prêtée, celui qui l'a ainſi par précaire doit être plus attentif à la tenir en état d'être renduë à tout moment.

(8) Ils ſe fondent ſur cette Loi entr'autres: *Quid verò ſenectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, aut quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei, qui commodatum accepit; niſi aliqua culpa interveniat. Proinde & ſi incendio, vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur: niſi fortè, cùm poſſit res commodatas ſalvas facere ſuas prætulit.* Digest. Lib. XIII. Tit. VI. *Commodati, vel contra*, Leg. V. §. 4. Voyez auſſi Leg. XIX. & Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & action.* Leg. I. §. 4. Au reſte, de ces dernieres paroles, *niſi fortè, cùm poſſit*, &c. pluſieurs Juriſconſultes inferent, que dans un danger commun, on doit ſauver la choſe empruntée, plûtôt que ſon propre bien, & ils ajoûtent cette reſtriction, à moins que la premiere ne vaille moins. Surquoi Mr. Titius ſoutient, que ces mots, *ſuas prætulit*, ne veulent pas dire, *il a mieux aimé ſauver ſon bien, que ce qu'il avoit d'emprunt*; mais ſeulement, que pouvant ſauver l'un & l'autre, il ne s'eſt mis en peine que du ſien; deſorte qu'il y a alors de ſa faute. En effet, dit-il, tout ce qui précede fait voir, qu'Ulpien veut que l'Emprunteur ſoit uniquement reſponſable de ſa propre négligence, & non pas des cas fortuits contre leſquels il ne pouvoit pas ſe précautionner. Il faut donc expliquer les dernieres paroles en ſuppoſant quelque circonſtance, d'où il paroiſſe qu'il y a de la faute de l'Emprunteur; car on n'eſt pas toûjours obligé de préférer la conſervation du bien d'autrui à celle du ſien. Les Interprêtes diſent ordinairement, qu'il faut, pour cela, que la choſe empruntée ſoit de plus grand prix; & qu'autrement, ſi on la ſauve au préjudice de ſon propre bien, celui à qui elle appartient eſt tenu de nous payer le nôtre comme valant davantage. Mais cette déciſion eſt manifeſtement fauſſe. Car en vertu de quoi celui à qui appartenoit la choſe empruntée, ſeroit-il obligé de rendre la valeur de celle qu'on a laiſſé périr pour ſauver la ſienne? Il n'eſt en aucune maniere l'auteur du dommage que l'on reçoit, & il n'avoit point promis de nous dédommager en cas d'un pareil accident; qui ſont les deux fondemens de toute Obligation naturelle de réparer les pertes que fait une autre perſonne. Il n'y a nonplus aucune Loi Civile qui autoriſe cette déciſion. Et au fond, qui eſt-ce qui n'aimeroit pas mieux qu'on lui laiſsât périr ſon bien, que de le conſerver à la charge qu'il ſeroit obligé de payer une choſe de plus grand prix que l'on ſacrifie pour le ſauver? Enfin, ſuppoſé que l'Emprunteur puiſſe préferer la conſervation de ſon propre bien à celle de la choſe empruntée, lorſque celle-ci vaut moins, il s'enſuivroit de-là ſeulement, que, s'il uſe de ſon droit, le Maitre de la choſe empruntée ne ſauroit legitimement lui rien demander en ce cas-là; comme d'autre côté, s'il néglige de ſe ſervir de ſon droit, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Mais il eſt ridicule de prétendre que, quand il a ſauvé la choſe empruntée préférablement à la ſienne propre, celui à qui elle appartient doive lui en tenir compte, & le dédommager de la perte de la ſienne, puiſqu'il ne fait que recouvrer ſon bien. Mr. Titius conclut donc que toutes les fois qu'il n'y a pas eu aſſez de tems pour ſauver les deux choſes également expoſées, quelle qu'on garantiſſe, c'eſt tant mieux pour ſon Maitre, & tant pis pour l'autre. *Obſerv. in Lauterbach.* Obſerv. CCCXII. Au reſte, l'Auteur, dont je viens de rapporter les penſées, auroit pû alléguer un paſſage de *Virgile* où le mot de *præferre* eſt employé dans un ſens qui fait une Figure ſemblable à celle qu'il prétend qui ſe trouve ici. Mr. Noodt s'en ſert, dans ſes *Obſervat.* Lib. II. Cap. XV. pour expliquer une autre Loi, qui eſt auſſi tirée d'Ulpien. C'eſt au XII. *Livre* de l'*Enéide*, que *Junon* dit à la Nymphe *Juturne*, qu'elle l'a mieux aime'e que toutes les autres maitreſſes de ſon Mari. Or elle avoit chagriné & perſecuté celles-ci de toutes ſes forces. *Scis ut te cunctis* —— *unam* Prætulerim. Verſ. 143, 145. Sur quoi voyez Servius, qui allégue un paſſage de Salluste tout ſemblable à ce que dit Q. Curce, Lib. VI. Cap. IV. num. 18. *Mare Caſpium dulcius ceteris:* » La » *Mer Caſpienne eſt* » plus douce que les autres; comme s'il y avoit quelque Mer d'eau douce. Voyez auſſi l'Art de penser II. Part. Chap. X. page 208. *& ſuiv.* où l'on fait voir que dans les Propoſitions Comparatives, le Poſitif du Comparatif ne convient pas toûjours à tous les deux membres de la comparaiſon. Mr. Noodt, que j'ai cité, traite encore la matiere plus au long dans ſon *Julius Paulus*, Cap. VII. où il allégue d'autres exemples approchans. Nonobſtant tout cela, il me ſemble qu'il n'eſt pas néceſſaire d'en venir à l'explication de Mr. Titius au ſujet de ces paroles, *niſi fortè, cùm poſſit res commodatas ſalvas facere, ſuas prætulit*; qui ſe trouvent auſſi dans les *Receptæ Sententiæ* de Julius Paulus, Lib. II. Tit. IV. §. 2. avec cette ſeule différence qu'on lit ici *rem commodatam*, & *ſuam*, le ſingulier pour le pluriel. Comme c'étoit une maxime qui avoit paſſé en régle generale, que chacun eſt reſponſable des fautes les plus légeres (*culpæ leviſſimæ*) à l'égard de ce qu'il a emprunté uniquement pour ſon propre avantage. (Voyez Digest. Lib. XIII. Tit. VI. *Commodati vel contra*, Leg. V. §. 2.) : les Juriſconſultes regardoient comme une omiſſion qui ſe rapportoit à ce dernier degré de faute ou de négligence, le parti que l'on prenoit de ſauver ſon bien préférablement à la choſe empruntée, quoiqu'il n'y eût pas moyen de conſerver l'un & l'autre en même tems. Il ſuffiſoit, ſelon eux, que l'on eût pû, ſi on avoit voulu, ſauver le bien d'autrui; & ils n'avoient aucun égard à cette concurrence de l'intérêt du Maitre

lieu de croire que la choſe n'auroit pas laiſſé de périr entre les mains du Proprietaire, quand même il ne l'auroit pas prêtée; ou ſi ſans cela elle eût pû ſe conſerver (b). Dans le premier cas, l'Emprunteur n'eſt point du tout tenu à reſtitution. Dans l'autre, il y eſt indiſpenſablement obligé par les maximes de l'Equité Naturelle; car (9) ſi après avoir accordé gratuitement à quelqu'un l'uſage d'une choſe qui nous appartient, il falloit encore ſe réſoudre à la perdre, lors même qu'elle auroit pû ſe conſerver entre nos mains; le ſervice que l'on rend coûteroit trop cher. Et je ne vois pas pourquoi

(b) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 13. num. 2.

de la choſe prêtée, & de celui de l'Emprunteur. Antoin Favre va même juſqu'à dire qu'en ce cas-là celui qui ſauve ſon propre bien, au préjudice de la choſe qu'il avoit d'emprunt, eſt coupable non de ſimple négligence, mais de mauvaiſe foi, *Rational. in d. Leg.* page 606. Tome III. Si Ulpien avoit ſeulement prétendu que l'on dût payer la choſe empruntée, lorſqu'on auroit pû la garantir auſſi-bien que la ſienne propre, il n'auroit eu que faire d'ajoûter cette reſtriction qui ſe ſouſentendoit aſſez d'elle-même, & il lui ſuffiſoit de dire, *niſi fortè res commodatas ſalvas facere potuerit*; puiſque, ſoit qu'on ait ſauvé ou non, une choſe qui nous appartient, cette circonſtance n'a changé en rien la nature de la faute, lorſqu'on a pû ſauver en même tems la choſe empruntée. Mais on voit bien que le ſens des paroles dont il s'agit ſe réduit à ceci: *à moins que l'on n'ait pû ſauver la choſe empruntée, quand même il auroit fallu pour cela laiſſer périr quelque choſe qui nous apparrenoit à nous-mêmes.* En quoi pourtant les Juriſconſultes ne prenoient pas garde que cela formoit un cas tout particulier, qui devoit être décidé par quelque autre principe que celui de leur *culpa leviſſima*; & puiſqu'ils vouloient que le Maître de la choſe prêtée en ſouffrit la perte, lorſqu'elle étoit arrivée par un cas fortuit, ſans la faute de l'Emprunteur, ils doivent auſſi regarder comme une force majeure, l'impoſſibilité de ſauver la choſe empruntée ſans ſacrifier ſon propre bien: chacun en ces cas-là ſe portant par un mouvement naturel & preſque invincible, à penſer aux choſes qui l'intéreſſent, plûtôt qu'à l'interêt d'autrui. Il faut donc en venir à ce que j'ai dit ci-deſſus, *Note* 2. de ce paragraphe, où l'on trouve des déciſions plus naturelles.

(9) Cette raiſon, dit Mr. Titius *Obſerv. in Pufendorf.* CCCLXV. ne prouve rien; parceque celui qui a prêté, ſçachant bien, ou du moins devant ſçavoir, que ces ſortes d'accidens peuvent arriver, a tacitement conſenti qu'ils fuſſent à ſes riſques, périls, & fortunes. D'ailleurs, elle peut être retorquée: car ne ſeroit-il pas bien fâcheux à l'Emprunteur, d'acheter ſi cher le ſervice qu'on lui rend, que d'être obligé à payer la choſe empruntée, lorſqu'elle vient à périr ſans qu'il y ait de ſa faute? Mais il y a preſque toûjours ici un engagement tacite tout oppoſé à celui que l'on ſuppoſe, comme je l'ai dit dans la *Note* 2. & c'eſt en vain que Mr. Jacques Gabriel Wolfius, (dans ſes *Inſtitutiones Juriſpr. Natural.* imprimées à *Hall.* en 1720.) prétend qu'on ne ſauroit le prouver, *page* 260. *in Note.* Il auroit dû, au moins, refuter les raiſons que j'ai alleguées. Appuyons-les fortement. Il eſt libre ſans doute à chacun de prêter, ou de ne pas prêter une choſe qui lui appartient, & de la prêter à telles conditions qu'il veut. On n'oſeroit dire, que s'il ſtipule que celui à qui il la prête la lui payera, au cas qu'elle vienne à périr même par un cas fortuit, il y ait là rien d'injuſte. Il eſt certain auſſi, qu'il ſe trouvera bien des gens qui ne feront pas difficulté d'emprunter à ce prix-là: il y en aura même, qui ne le voudroient pas autrement, & qui croiroient être fort indiſcrets d'exiger un ſervice ſi onéreux à celui de qui ils empruntent; enſorte qu'ils ſe feront même un point d'honneur de ne pas profiter ici du benefice des Loix, qui les diſpenſent de rendre la valeur du bien d'autrui, lorſqu'il a péri entre leurs mains ſans leur faute. Cela etant, puiſqu'il faut néceſſairement ſuppoſer ici, lorſqu'on ne s'eſt point expliqué, & qu'il n'y a point de Loi Civile qui détermine le cas, une Convention tacite au ſujet de la perte qui peut arriver par quelque accident imprévû & inévitable; la queſtion eſt de ſçavoir, quelle préſomption eſt la plus forte, ou celle qui condamne le Proprietaire à perdre ſon bien par une ſuite du ſervice qu'il a rendu, ou celle qui fait tomber la perte ſur l'Emprunteur qui en a été l'occaſion, innocente à la verité, mais toûjours l'occaſion réelle par l'uſage qu'on lui avoit accordé gratuitement. On ne peut ſe régler ici que ſur des conjectures tirées de la diſpoſition où l'on a lieu de croire que ſont les Hommes, de la maniere que la plûpart ſont faits. Et c'eſt principalement à celle du Prêteur qu'il faut avoir égard; l'Emprunteur, à l'avantage duquel eſt tout le Contract, ne pouvant avoir de droit, qu'autant que l'autre, qui étoit le maître abſolu des conditions, a voulu lui en donner. Or je poſe en fait, que de cent ou mille perſonnes qui prêtent, il s'en trouvera à peine une ſeule qui voulût prêter, ſi elle ne comptoit que celui à qui elle prête lui payera ce qui aura peri ou ſera perdu, de quelque maniere que ce ſoit. Pour peu qu'on connoiſſe le monde, on ne ſauroit en diſconvenir. Et plus la choſe prêtée eſt de conſéquence, plus la préſomption ſe renforce. Mais il y a encore d'autres raiſons, tirées de ceux mêmes qui empruntent; car, quoique la choſe prêtée puiſſe périr, elle peut auſſi ſe conſerver. Ils regardent le premier comme fort incertain; & ainſi ils ne croyent pas riſquer beaucoup de s'engager, en ce cas-là, à dédommager le Proprietaire. D'ailleurs, l'uſage qu'ils font gratuitement du bien d'autrui, ou leur épargne la dépenſe qu'ils ne voudroient peut-être pas faire d'acheter une pareille choſe, ou leur eſt fort avantageux en ce qu'ils ne trouvent pas pour l'heure dequoi s'accommoder d'une autre maniere, ou leur eſt de quelque autre utilité qui peut être cenſée équivalente au dédommagement du danger incertain des cas imprevûs. Et après tout il ſeroit plus fâcheux à celui qui prête de perdre ſon bien pour avoir fait plaiſir, qu'il ne doit l'être à celui qui emprunte de rendre la valeur, en cas d'accident ſurvenu pendant qu'il ſe ſert du bien d'autrui. On peut appliquer ici la maxime des Juriſconſultes Romains ſur un autre ſujet: *Et ſit iniquum, damnoſum cuique eſſe officium ſuum.* Digest. Lib. XXIX. Tit. III. *Teſtamenta quemadmodum aperiantur*, Leg. VII.

(10) on devroit en ſouffrir, plûtôt que celui à qui on l'avoit prêtée, puiſqu'il (11) a été l'occaſion du malheur qui cauſe la perte de notre bien. Par le Droit Romain même, ſi une choſe que l'on avoit d'emprunt vient à (c) être volée, on doit la payer. Or il arrive ſouvent qu'on eſt volé, ſans qu'il y ait aucune faute de notre part. Si néanmoins une perſonne a perdu ſon bien par un Incendie, ou par quelque autre malheur ſemblable, il faudroit être bien dur pour lui demander, dans le triſte état où elle eſt réduite, la valeur de ce qu'on lui a prêté. Lors même que ces ſortes d'accidens ſont aſſez communs, tel qu'eſt, par exemple, le Naufrage pour ceux qui vont ſur Mer, (12) on peut préſumer que le Prêteur a bien voulu en courir les riſques. Que ſi l'Emprunteur laiſſe périr dans un incendie ou dans un Naufrage la choſe qu'on lui a prêtée, pour en ſauver quelqu'une des ſiennes qui vaut davantage, en ce cas-là il n'eſt pas à la verité blâmable d'avoir voulu conſerver ce qui eſt de plus grand prix; mais puiſqu'il auroit pû ſauver le bien d'autrui, & qu'il l'a laiſſé périr pour ſon propre intérêt, en vertu dequoi celui qui le lui avoit prêté devroit-il en porter la perte (13)?

(c) *Digeſt.* Lib. VIII. Tit. VI. *Commodati, vel contra*, Leg. XXI, XXII.

(10) La raiſon en eſt claire, répond Mr. TITIUS, *ubi ſuprà*, c'eſt que, quand une choſe périt, ſans qu'il y ait de la faute de perſonne, la perte eſt pour le compte du Proprietaire. Oui bien, tout le reſte d'ailleurs égal. Mais voyez la *Note* précédente.

(11) Cela eſt vrai; mais le Maitre de la choſe empruntée y a conſenti volontairement. C'eſt ce que dit encore Mr. TITIUS. Mais le *Prêt à uſage* ſe fait ordinairement ſur un tout autre pied, comme je l'ai prouvé ci-deſſus. Les Loix des anciens *Allemands* portent expreſſément, que ſi une choſe vient à périr ou à ſe perdre entre les mains de celui qui l'a empruntée, il doit la payer au Proprietaire. C'eſt ce que nous apprend Mr. THOMASIUS, dans la Diſſertation que j'ai déja citée, *De culparum præſtatione in Contractibus*, Cap. II. §. 18. On dit la même choſe des Loix d'*Ecoſſe*, comme le remarque le même Auteur, *Note in* DIGESTE. Tit. *Commodati*, apres SCHILTER, Exercit. XXV. §. 17.

(12) C'eſt ainſi, à mon avis (diſoit ici notre Auteur) qu'il faut reſtreindre la Loi XVIII. *princip.* du Titre *Commodati*, &c. dans le DIGESTE; auſſi-bien que la Loi V. §. 4, & 7. Je n'approuve pas non-plus (ajoûtoit-il) la Loi XX. du même Titre: qui même paroit ne pas bien s'accorder avec la Loi XII. §. 1. Voici ce que c'eſt. Dans la Loi XVIII. & dans la V. §. 4, 7. il eſt décidé que tous les cas fortuits ſans diſtinction, ſont pour le compte du Proprietaire, à moins que celui à qui il a prêté ſon bien n'y ait donné lieu par ſa faute. Voyez ci-deſſus *Note* 8. ſur ce paragraphe, au commencement. La Loi XX. porte, que ſi un homme après avoir emprunté quelque Argenterie, l'a renvoyée par un de ſes Eſclaves, que l'on avoit tout lieu de croire incapable de ſe laiſſer ſeduire, & qui cependant l'a été, enſorte que quelques ſcélérats lui ont attrapé cette Argenterie; la perte eſt pour le compte de celui qui l'avoit prêtée. Le cas de la Loi XII. §. 1. eſt tel. Celui qui avoit prêté une choſe, l'envoye redemander par une perſonne, qui l'ayant reçûë, la garde pour ſoi, & ſe ſauve. On diſtingue, ſi le Proprietaire avoit ordonné de remettre la choſe au Meſſager, ou s'il s'étoit contenté d'avertir par la bouche de celui-ci, qu'il vouloit ravoir la choſe prêtée. Dans la premiere ſuppoſition, la perte eſt pour le Maitre: dans l'autre pour l'Emprunteur. La contradiction que notre Auteur trouve entre ces deux Loix, conſiſte en ce que l'on décide d'une maniere toute oppoſée ſur deux cas ſemblables. Car ſi celui qui a renvoyé la choſe qu'il avoit d'emprunt, par un de ſes propres Domeſtiques, eſt diſpenſé d'en payer la valeur, parce-qu'il l'a cru ſoigneux & fidele: il doit auſſi être à l'abri de tout dédommagement, lorſqu'il remet la choſe à une perſonne que le Proprietaire lui-même lui a envoyée pour lui dire de la rendre. Effectivement il peut tout auſſi-bien croire avoir lieu de remettre ſurement au Meſſager ce que le Maître de la choſe prêtée lui fait redemander par ſa bouche; à moins que le Maitre ne le lui défende expreſſément: car ſi le Maitre ne croyoit pas le Meſſager tel que l'Emprunteur pût s'y fier, il ne devoit pas le charger même d'un ſimple avertiſſement; puiſque ſous ce prétexte le Meſſager peut aiſément demander la choſe, comme devant être remiſe à lui-même. Et comment eſt-ce que l'Emprunteur ſçaura s'il ment, ou s'il dit vrai? Pour éviter d'être trompé, & de s'expoſer ainſi à payer la valeur, le ſeul parti qui lui reſte, c'eſt de ne rendre la choſe prêtée à aucun Meſſager, ſur quel pié qu'il vienne. Et cependant on ſuppoſe qu'il peut ſurement remettre la choſe à celui qui ſe dit envoyé avec ordre de la retirer. Or le Meſſager qui voudra détourner ou garder la choſe prêtée, n'aura garde de ſe donner pour un ſimple avertiſſeur. ANTOINE FAVRE, *Ration.* page 625. ſur cette Loy, veut après le commun des Interprêtes, qu'en ce cas-là ce ſoit tant pis pour l'Emprunteur, & qu'il paye pour avoir été crédule. Mais cela étant, la diſtinction eſt inutile, puiſque d'une maniere ou d'autre la perte tombera toûjours ſur l'Emprunteur. Du reſte, la déciſion de la Loi XX. eſt en elle-même ſi dure pour celui qui a fait plaiſir en accordant à autrui l'uſage de ſon bien, qu'elle ſuffiroit pour montrer à quelles conſéquences etranges les Juriſconſultes Romains ont été menez par leurs principes précaires.

(13) L'Auteur citoit ici une Loi du DIGESTE, que j'ai déja rapportée dans la *Note* 8. & l'on peut voir ce qui a été dit là-deſſus. Il renvoye encore à cette Loi de l'EXODE, XXII, 14, 15. *Si quelqu'un a emprunté une choſe de ſon Prochain, & qu'elle vienne à périr, ou qu'elle ſoit détériorée, en l'abſence du Maitre; il l'a payera. Mais ſi le Maitre eſt préſent, celui qui l'a emprunté n'eſt point tenu de la payer.* On voit là manifeſtement une régle toute contraire à celle des Juriſconſultes Ro-

Il n'eſt pas moins juſte d'autre côté, que le Proprietaire rembourſe à celui qui lui a emprunté une choſe, les dépenſes utiles ou néceſſaires qu'il peut avoir faites pour l'entretenir, au-delà de celles que demande abſolument l'uſage ordinaire (14).

*Du Dépôt.*

§. VII. UNE troiſiéme ſorte de *Contract Bienfaiſant*, c'eſt le DÉPOT (1), par lequel *on donne en garde à quelqu'un qui s'en charge gratuitement une choſe qui nous appartient, ou à laquelle nous avons intérêt de quelque maniere que ce ſoit.* Les principaux engagemens du Dépoſitaire conſiſtent donc à prendre bien ſoin de la choſe dépoſée, & (2) à la rendre auſſi-tôt que celui qui la lui avoit remiſe la redemande. Il y a néanmoins quelques exceptions à faire à l'égard du dernier point, en certaines circonſtances; c'eſt-à-dire, lorſqu'en rendant le dépôt on causeroit du préjudice ou à celui-là même de qui on le tient, ou à d'autres. *C'eſt une choſe belle & louable de ſa nature*, ſelon Senéque, (3) *que de rendre le Dépôt. Cependant on ne doit pas toûjours le rendre, ni en tout lieu ou en tout tems. Il y a quelquefois autant d'infidélité à le rendre publiquement, qu'à le nier. Il faut avoir égard à l'avantage de celui qui nous l'a confié, & refuſer la reſtitution s'il ſe trouve qu'on ne puiſſe la faire ſans qu'il en reçoive du préjudice. Si un homme*, diſoit CICERON (4), *vous a donné ſon Epée*

mains. Car le Légiſlateur Divin diſtingue ſeulement, ſi le Proprietaire de la choſe eſt préſent, ou abſent, dans le tems qu'elle a péri, ou qu'elle a été détériorée : & dans le dernier cas, il veut qu'on la paye de quelque maniere que la perte ou la détérioration ſoit arrivée, & par conſéquent lors même qu'il n'y a point eu de la faute de celui qui l'avoit empruntée. Au lieu que quand le Maître lui-même étoit préſent, il a pû & dû prendre garde à ſon bien, qu'il voyoit en danger ſans la faute de l'emprunteur. Celui-ci eſt cenſé alors s'en décharger ſur l'autre. Et ſi le Proprietaire ne peut pas ſauver ſon bien, il eſt vrai alors de dire, qu'il n'auroit pas moins péri entre ſes mains que dans celles de l'Emprunteur : qui eſt juſtement la diſtinction que fait nôtre Auteur, après GROTIUS. Voyez SIMON EPISCOPIUS, *Inſt. Theolog.* Lib. III. Cap. XII. Sect. II. §. 13. page 126, 127. Au reſte on citoit encore ici une Loi du DIGESTE, comme ſi elle étoit du Titre *Commodati, vel contra*, Leg. I. §. 35. Mais on a voulu dire apparemment, *Depoſiti*, &c. Comme là il eſt décidé que les cas fortuits ſont quelquefois pour le compte du Dépoſitaire, notre Auteur donne à entendre qu'à plus forte raiſon celui qui a emprunté une choſe peut-il être tenu de dédommager le Proprietaire de la perte arrivée par un pareil accident, dans le tems qu'il ſe ſervoit gratuitement du bien d'autrui.

(14) Ainſi celui qui a emprunté un Cheval, ou un Eſclave, doit les nourrir à ſes dépens. Mais ſi le Cheval ou l'Eſclave deviennent malades, les frais de la guériſon ſont ſur le compte du Maître. *Poſſunt juſtæ cauſæ intervenire, ex quibus cum eo, qui commodaſſet, agi deberet : veluti de impenſis in valetudinem ſervi factis, quave poſt fugam requirendi, reducendique ejus cauſâ facta eſſent : nam cibariorum impenſæ, naturali ſcilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepiſſet.* DIGEST. *ubi ſuprà*, §. 2.

§. VII. (1) *Depoſitum eſt, quod cuſtodiendum alicui datum eſt .... Si veſtimenta ſervanda balneatori data perierunt, ſi quidem nullam mercedem ſervandorum veſtimentorum accepit, depoſiti eum teneri, & dolum dumtaxat præſtare debere puto : quod ſi accepit, ex conducto.* DIGEST. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti, vel contra*, Leg. I. *princ.* & §. 8. Voyez DAUMAT, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. I. Tit. VII.

(2) *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, (teneturque actione depoſiti) : quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur.* INSTIT. Lib. III. Tit. XV. *Quibus modis re contrahitur obligatio*, §. 3. Voyez auſſi DIGESTE, *ubi ſuprà*, Leg. XII. §. 3.

(3) *Depoſitum reddere, per ſe res expetenda eſt : non tamen ſemper reddam, nec quolibet loco, nec quolibet tempore. Aliquando nihil intereſt, utrum inficier, an palam reddam. Intuebor utilitatem ejus, cui redditurus ſum, & nociturum illi depoſitum negabo.* SENEC. *de Beneſic.* Lib. IV. Cap. X.

(4) *Neque ſemper depoſita reddenda. Si gladium quis apud te ſana mente depoſuerit, repetat inſaniens, reddere peccatum ſit, non reddere officium. Quid? ſi is qui apud te pecuniam depoſuerit, bellum inferat Patriæ, reddaſne depoſitum? Non, credo : facias enim contra Rempublicam, quæ debet eſſe cariſſima.* CICER. *de Offic.* Lib. III. Cap. XXV. PLATON, en expliquant cette maxime de SIMONIDE, *Que la* JUSTICE *conſiſte à rendre à chacun ce qui lui eſt dû*, dit que le Dépôt eſt dû à celui de qui on le tient; mais que cependant on ne doit pas le lui rendre, lorſqu'il n'eſt pas en ſon bon-ſens; parce qu'entre gens qui ne ſont pas Ennemis, ce n'eſt nullement rendre ce qui eſt dû, lorſqu'il en revient du mal & à celui qui rend, & à celui qui reçoit. Τὶ φὴς τὸν Σιμωνίδην λέγοντα, ὀρθῶς λέγειν περὶ δικαιοσύνης; Ὅτι (ἦδ᾽ ὅς) τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, δίκαιόν ἐστι. . . . δῆλον γὰρ ὅτι οὐ τοῦτο λέγει ὅπερ ἄρτι ἐλέγομεν, τὸ, τινὸς παρακαταθεμένου τὶ ὁτῳοῦν, μὴ σωχρόνως ἀπαιτοῦντι, ἀποδιδόναι. καίτοιγε ὀφειλόμενόν πού τοῦτό ἐστιν ὃ παρακατέθετο . . . . τοῖς γὰρ φίλοις οἴεται ὀφείλειν τοὺς φίλους ἀγαθὸν μὲν τὶ δρᾶν, κακὸν δὲ μηδέν. Μανθάνω, ἦν δ᾽ ἐγὼ, ὅτι οὐ τὰ ὀφειλόμενα ἀποδίδωσιν, ὃς ἄν τῳ χρυσίον ἀποδῷ παρακαταθεμένῳ, ἐάνπερ ἡ ἀπόδοσις καὶ ἡ λῆψις βλαβερὰ γίγνηται, φίλοι δὲ ὦσιν ὅ, τε ἀπολαμβάνων, καὶ ὁ ἀποδιδούς. De Republica, *Lib.* I. page 331, 332. Tome II. *Edit.*

*en dépôt, pendant qu'il étoit en ſon bon-ſens, & qu'il vienne enſuite vous la demander dans un accès de phréneſie, vous feriez mal de la lui rendre, bien-loin d'y être obligé. Si une perſonne qui vous avoit confié un dépôt d'argent fait la guerre à ſa Patrie, le lui rendrez-vous alors? Non pas, à mon avis, puiſque par-là vous agiriez contre les intérêts de l'Etat, qui vous doivent être fort chers.* Il ne faut pas non-plus, au jugement de PHILON Juif, rendre le dépôt (a) *à un Yvrogne, à un Débauché, à une perſonne endettée, ou à un Eſclave, lorſqu'un Uſurier ou un Maître leur tendent des piéges*; ni, ſelon St. AMBROISE, *à un homme qui veut ſe ſervir du dépôt pour nuire à ſa* (b) *Patrie; à celui qui court riſque de ſe le voir enlever dès le moment qu'on s'en ſera deſſaiſi; à une perſonne que l'on ſçait l'avoir volé.* Mais hors ces cas-là & autres ſemblables, quand même on auroit limité la reſtitution à un certain tems, le Dépoſitaire eſt tenu de rendre au plûtôt la choſe dépoſée, ſi l'on vient à changer de ſentiment, & à la redemander avant le terme expiré (5).

(a) Voyez *Philon, de plantat. Noachi*, pag. 228. *Edit. Pariſ.* A. B.

(b) *Ambroſ. Offic.* Lib. I. Cap. ultim.

A l'égard du ſoin que le Dépoſitaire doit avoir de ce qu'on lui a confié, la plûpart des Juriſconſultes diſent qu'il ſuffit ici d'une circonſpection commune & ordinaire, qui exclut ſeulement la mauvaiſe foi & la négligence la plus groſſiere; car outre que le Contract eſt tout au profit & en faveur de celui qui dépoſe, lorſque l'on met ſon bien entre les mains d'une perſonne fort négligente, on ne doit s'en prendre qu'à ſoi-même s'il vient à périr ou à ſe détériorer. En vertu de cette derniere raiſon, on excuſe un Dépoſitaire qui a pris ſoin du Dépôt à ſa maniere accoûtumée; c'eſt-à-dire, avec la circonſpection qu'il apporte aux affaires qui le regardent lui-même, quoiqu'au fond elle ſoit aſſez légere (6). Mais comme d'ordinaire l'Amitié entre ici pour quelque choſe

*Steph.* On peut ajoûter cette autorité remarquable à celles que Mr. NOODT a alléguées dans ſes *Probabilia Juris*, Lib. III. Cap. II.

(5) *Si depoſuero apud te*, ut poſt mortem tuam reddas; *& tecum, & cum herede tuo, poſſum depoſiti agere: poſſum enim mutare voluntatem, & ante mortem tuam depoſitum repetere.* DIGEST. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti, vel contra*, Leg. I. §. 45. Voyez auſſi le §. 46. Au reſte, cela n'empêche pas qu'on ne puiſſe refuſer le Dépôt, lorſque celui de qui on le tient nous a chargé de le remettre à un tiers au bout d'un certain tems; ſi, par exemple, uelqu'un nous a recommandé de ne livrer telle ou telle choſe, après ſa mort, à ſon Héritier, que quand il ne ſeroit plus débauché. Et c'eſt ainſi qu'on peut admettre ce qui eſt dit dans QUINTILIEN, *Hoc quomodo depoſitum erat? Ut acciperes, quum luxuriari deſiiſſes. Quo tempore repetebas, adhuc luxuriabaris. Non debebatur ergo, nec poteſt videri inficiatum*, &c. Declam. 245. *page* 435. *Edit. Burm.* Car, pour celui-là même de qui on tient le Dépôt, on ne ſçauroit légitimement refuſer de le lui rendre dès qu'il nous le demande. Cette remarque eſt de l'Auteur. Il citoit encore VALER. MAXIM. Lib. VII. Cap. III. §. 5. *extern.* Ajoûtons, que ſelon le Droit Romain, lorſque quelqu'un avoit été chargé de remettre le dépôt à un tiers, celui-ci n'avoit point action contre lui en Juſtice, à moins qu'il ne fût Héritier de la perſonne qui avoit confié la choſe au Dépoſitaire ſous une telle condition. Mais les Empereurs DIOCLETIEN & MAXIMIEN remedierent à cela, dans une Loi du CODE, Lib. III. Tit. XLII. *Ad exhibend.* Leg. penult. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT. ſur le DIGESTE, page 366, *& ſeqq.*

(6) *Sed is* [ apud quem rem aliquam deponimus, *etiam ſi negligenter rem cuſtoditam amiſerit, ſecurus eſt* ] *quia enim non ſuâ gratiâ accipit, ſed ejus à quo accipit; in eo ſolo tenetur, ſi quid dolo perierit. Negligentiæ vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam committit, de ſe queri debet, magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.* DIGEST. Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & action.* Leg. I. §. 5. *Quod* NERVA *diceret*, latiorem culpam dolum eſſe, PROCULO *diſplicebit, mihi veriſſimum videtur. Nam & ſi quis non ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt, niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtat, fraude non caret: nec enim ſalva fide minorem iis, quam ſuis rebus, diligentiam præſtabit.* Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti*, &c. Leg. XXXII. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT ſur ce Titre, *page* 370. Mr. THOMASIUS, dans ſa Diſſertation *de Culparum præſtatione in Contractibus*, Cap. I. §. 42. remarque très-bien, que c'eſt ſans une raiſon ſuffiſante que les mêmes Juriſconſultes Romains qui exigent d'un Procureur la derniere exactitude, ne rendent un Dépoſitaire reſponſable que de la négligence la plus groſſiere. Car le Contract de *Mandement* ne ſe fait pas plus en faveur du Procureur, que celui de Dépôt en faveur du Dépoſitaire: & le Dépôt même eſt une eſpece de Procuration par laquelle on charge quelqu'un de garder ce qu'on lui confie. Mr. NOODT, dans ſon Commentaire, *page* 376. reconnoit, qu'il ſemble y avoir quelque choſe de dur à exiger d'un Procureur la derniere exactitude, pendant qu'on ſe contente de rendre le Dépoſitaire reſponſable de ſa mauvaiſe foi, ou d'une négligence qui en approche. Mais il donne pour raiſon de la difference, que dans le Contract de dépôt il s'agit uniquement de garder la choſe depoſée; ce qui ne demande que la bonne foi du Dépoſitaire: au

choſe, n'y ayant guéres de gens qui mettent leur bien en dépôt qu'entre les mains d'un Ami, ou d'une perſonne qu'ils croyent être de probité; il faut à mon avis, établir pour régle generale, que tout Dépoſitaire doit avoir autant de ſoin du Dépôt dont il s'eſt chargé, que les perſonnes ſages & aviſées en ont ordinairement de leurs propres affaires. Quelquefois même on eſt tenu de veiller à la conſervation du Dépôt avec toute l'exactitude & la précaution poſſibles, ou parcequ'on s'y eſt expreſſément engagé, ou à cauſe que la nature de la choſe dépoſée le demande, comme ſi c'eſt une choſe de très-grand prix, ou de laquelle dépendent tous les biens d'une perſonne (c). Ce ſoin ne conſiſte pourtant pas à tenir ſous ſes yeux nuit & jour le Dépôt, mais ſeulement à le ſerrer dans l'endroit que l'on a qui eſt le plus aſſuré; & où la choſe eſt le plus à l'abri de tout ce qui pourroit l'endommager ou la détruire. On ſatisfait auſſi aux devoirs de l'Amitié, en prenant ſoin des affaires d'un Ami autant que des ſiennes propres; & il auroit mauvaiſe grace de prétendre que l'on préférât la conſervation d'une choſe qu'il nous a confiée, à celle d'une choſe qui nous appartient, lorſqu'elles ſont d'égale valeur. Mais ſi ce qui lui appartient eſt de plus grand prix, & qu'on ne puiſſe ſauver en même tems l'une & l'autre choſe, il eſt juſte alors de ſacrifier ſon propre bien pour conſerver celui de l'Ami. Perſonne n'oſeroit, je m'aſſure, ſoûtenir que dans un Incendie, il ne faille pas mettre à couvert une Caſſette que l'on a en dépôt, pleine d'Or, de Bijoux, de Lettres ou de Papiers de grande importance, plûtôt que quelques-uns de nos Meubles, qui valent très-peu en comparaiſon. Tout ce qu'il y a, c'eſt que celui de qui on tient le Dépôt, doit payer ce qu'on a laiſſé périr pour ſauver ſon bien, par la même raiſon qu'il eſt tenu de rembourſer les dépenſes que l'on a faites (7) pour la choſe dépoſée, & le dommage qu'elle peut avoir cauſé. Si pourtant un Dépoſitaire a mieux aimé ſauver ſon propre bien, que le Dépôt, quoique celui-ci fût de plus grand prix; on ne ſera pas en droit de lui faire payer, à moins qu'il ne ſe fût expreſſément engagé à porter juſques-là le ſoin & la vigilance, (8) il paſſera ſeulement pour avoir agi

(c) Voyez *Ambroſ.* Offic. Lib. II. Cap. XXIX.

au lieu que pour exécuter une Commiſſion, il faut des ſoins & une habileté convenables à la nature de l'affaire dont on eſt chargé. Ainſi celui qui donne la Commiſſion eſt cenſé ſe les promettre, & les exiger du Procureur par une eſpece de droit d'Amitié; & le Procureur de ſon côté s'y engage tacitement, par cela même qu'il ſe charge gratuitement des affaires de ſon Ami, auſquelles il n'a d'ailleurs aucun intérêt. Cette ſuppoſition peut être ſuffiſante pour autoriſer une Loi Civile qui régle ainſi les choſes; mais à en juger par le Droit Naturel tout ſeul, elle ne ſçauroit ſervir de fondement à une régle generale & bien ſolide; car elle ne peut guéres avoir lieu que quand on va ſoi-même offrir ſes ſervices à celui qui en a beſoin, & qui trouveroit d'ailleurs aſſez de gens diſpoſez & propres à ſe charger de la Commiſſion. Mais il arrive pour le moins auſſi ſouvent, que le Procureur eſt recherché & prié par celui qui lui confie ſes affaires; & alors ou l'on connoit dequoi eſt capable la perſonne à qui l'on donne Commiſſion, ou on l'ignore. Si on le connoit, en vertu dequoi exigeroit-on autre choſe? On ſeroit même bien ſot de ſe fier au Procureur, s'il vouloit expreſſément s'engager à davantage. Que ſi l'on ignore ſon habileté & ſon exactitude, on ne doit s'en prendre qu'à ſoi-même, lorſqu'il n'eſt pas auſſi habile ou auſſi ſoigneux qu'on auroit ſouhaité; puiſqu'après tout il n'a pû s'engager qu'à faire tout ce dont il étoit capable, à moins qu'il ne ſe ſoit donné pour plus habile & plus ſoigneux qu'il n'eſt effectivement. J'en reviens donc à mon principe, que l'on ne niera pas du moins avoir ceci de commode, qu'il s'applique également à tous les Contracts en vertu deſquels on a entre les mains le bien ou les affaires d'autrui. Voyez ci-deſſus, §. 3. *Note* 1. & §. 6. *Note* 2. Par-là on évite bien des diſputes embarraſſées, & on réduit les choſes aux termes de ce que demande la néceſſite & l'utilité du Commerce de la Vie. On ſeroit trop heureux, ſi l'on pouvoit obtenir que chacun, en ces cas-là, fît autant qu'il feroit pour ſon propre intérêt, en matiere des choſes qui lui tiennent le plus au cœur.

(7) C'eſt le fondement d'une Loi que nôtre Auteur citoit à la fin du Chap. par laquelle il eſt porté, que ſi l'on dépoſe en *Aſie* entre les mains de quelqu'un une choſe qu'il doit nous rendre à *Rome*, les frais du tranſport ſont pour nôtre compte, & non pas pour celui du Dépoſitaire. *Si in* Aſia *depoſitum fuerit*, ut Romæ reddatur, *videtur id actum, ut non impenſa ejus id fiat, apud quem depoſitum ſit, ſed ejus, qui depoſuit.* Digest. *ubi ſuprà*, Leg XII. *princip.* Voyez auſſi *Leg.* VIII. *in fin.* & *Leg.* XXIII.

(8) Mr. Thomasius, dans la Diſſertation que je viens de citer, §. 44. ne trouve pas cette déciſion aſſez juſte. Car, dit-il, on ne péche uniquement contre les Devoirs de l'Humanité, que quand il n'y a point d'engagement. Et puiſque, ſelon notre Auteur, lorſqu'on a laiſſé périr ſon bien pour ſauver une choſe de plus grand prix que l'on avoit en dépôt, on peut ſe faire payer ce que l'on a perdu. Il faut reconnoître

en mauvais Ami, & en homme peu humain; car il ne lui revient de là aucun profit, & la ſimple violation des droits de l'Amitié, ou des devoirs de l'Humanité, n'aſſujettit point à réparer le dommage.

Au reſte, la raiſon pourquoi les Loix Romaines ne demandent pas un ſi grand ſoin en matiere de *Dépôt* qu'en matiere de *Mandement* ou de Commiſſions, c'eſt que les Commiſſions s'executent par un acte particulier, dont la direction eſt en nôtre pouvoir à chaque moment, au lieu qu'on ne peut pas avoir continuellement ſous ſes yeux une choſe dépoſée; & celui à qui elle appartient ne prétend pas ſans doute que pour la garder nous paſſions les jours & les nuits ſans fermer l'œil, & ſans la perdre de vûe. (9) Il ſuffit donc de la mettre dans un lieu convenable, & de ne la viſiter que quand il eſt néceſſaire; comme on en uſe ordinairement à l'égard de ſes propres biens, dont on n'a pas beſoin, & qui ne ſont pas ſujets à ſe gâter d'eux-mêmes (10).

On demande encore ſi le Dépoſitaire peut ſe ſervir du Dépôt? Surquoi il eſt clair, que pour peu que la choſe dépoſée ſoit de nature à être déteriorée par l'uſage, on n'a nul droit de s'en ſervir ſans le conſentement du Proprietaire; & les Juriſconſultes Romains vont juſqu'à dire, (11) que ſi on le fait on ſe rend coupable de Larcin.

auſſi, que l'on eſt tenu à la rigueur de ſauver la choſe dépoſée aux dépens d'une autre de moindre valeur qui nous appartient, de même qu'on eſt obligé à faire les autres dépenſes néceſſaires pour la conſervation du Dépôt. Pour moi, il me ſemble que ce cas-là & autres ſemblables, ſont hors de l'étenduë de l'engagemens du Contract en general. La concurrence de nôtre propre interêt avec celui de la perſonne dont on a pris gratuitement les affaires en main ou le bien en garde, forme une exception tacite qui peut bien n'avoir pas lieu; mais alors il faut en juger par d'autres principes. Je ne ſuis pas indiſpenſablement obligé de négliger mes propres affaires, quoique moins conſidérables en elles mêmes, pour vaquer à celles d'autrui, dont je me ſuis chargé; à moins que je ne me ſois expreſſément engagé à cette preférence, ou que la nature même de la choſe ne la demande néceſſairement. On n'eſt pas non-plus toûjours tenu à la rigueur de ſauver ce que l'on a en dépôt, au préjudice d'une autre choſe de moindre valeur qui nous appartient; car outre que quelque diſproportion qu'il y ait, à conſidérer les choſes en elles-mêmes, celle qui vaut beaucoup moins peut être d'auſſi grand prix pour le Dépoſitaire, que l'autre l'eſt pour celui qui la lui a confiée. Il ſe trouve quelquefois qu'on a grand beſoin de la choſe qu'il faudroit ſacrifier, ou qu'on en fait beaucoup de cas pour quelque raiſon particuliere, ou que la perte n'en peut aiſément être réparée. Comme donc on ne s'engage ordinairement à faire tout ce qui dependra de nous pour la conſervation du Dépôt, qu'autant qu'on n'aura à penſer en même-tems à la conſervation de ſon propre bien; on n'eſt point tenu à la rigueur de laiſſer périr une choſe qui nous appartient, par cette ſeule raiſon qu'elle vaut moins qu'une autre qu'on en a garde. Ajoûtez à cela, que dans le trouble où jette un accident imprévu, on n'a guéres aſſez de préſence d'eſprit pour examiner quelles choſes méritent le plus d'être ſauvées, ou ſi l'on n'aura pas aſſez de tems pour ſauver celle-ci ou celle-là. On court à ce qui vient le premier dans l'eſprit; & comme il eſt naturel que l'on penſe plûtôt à ſon propre bien qu'à celui d'autrui, perſonne ne peut ſe plaindre qu'on lui faſſe tort, lorſqu'on a préferé à la conſervation du Dépôt, celle d'une choſe qui nous appartient, quoique de moindre valeur. Il eſt même ſouvent difficile de ſçavoir ſi l'on auroit pû conſerver le Dépôt, quand même on auroit négligé ſon propre bien. Je conclus qu'il faut laiſſer la choſe à la Conſcience & à l'Amitié du Dépoſitaire.

(9) Mais, dit encore Mr. THOMASIUS, dans ſa Diſſertation *De culparum præſtatione in Contractibus*, comme il y a diverſes ſortes d'affaires qui demandent differens ſoins, & plus ou moins d'application de la part du Procureur: il y a auſſi diverſes ſortes de Dépôts qu'il faut garder differemment & avec plus ou moins de vigilance. Autre eſt le ſoin qu'on doit avoir d'une Maiſon, autre celui d'un Eſclave ou d'un Domeſtique, autre celui d'un Bijou ou de quelque autre choſe précieuſe, autre celui des choſes qui ne ſont pas de nature à pouvoir être aiſément emportées, & que l'on ſe contente pour cette raiſon de mettre dans une Cour, ou dans quelque autre lieu ſemblable, &c. Ainſi il n'eſt pas vrai de dire généralement & ſans reſtriction, qu'*il ſuffit de mettre la choſe dans un lieu convenable*, &c. Et quand cela ſeroit, on ne pourroit pas plus en conclure que le Dépoſitaire eſt uniquement reſponſable de ſa mauvaiſe foi & d'une négligence groſſiere, qu'on ne pourroit inferer d'une ſemblable raiſon, que le Vendeur, avant la délivrance de la marchandiſe, eſt auſſi reſponſable de ſa mauvaiſe foi & du même degré de négligence, mais pas d'autre choſe. Voyez ci-deſſus, *Note 6.*

(10) L'Auteur citoit ici cette Loi de l'EXODE, XXII, 12. *Si le Dépôt a été volé, le Dépoſitaire doit en payer la valeur au Maître de la choſe:* & il remarquoit ce que dit là-deſſus GROTIUS, qu'il faut expliquer ces paroles en ſuppoſant que le Dépôt ait été derobé par l'effet d'une négligence groſſiere du Dépoſitaire, laquelle approche fort de la mauvaiſe foi. Mr LE CLERC fait très-bien voir par la ſuite du diſcours, qu'on doit néceſſairement ſouſentendre, que le larcin ſe ſoit fait au vû & au ſçu du Dépoſitaire.

(11) *Sive is apud quem res depoſita eſt, ea re utatur, .... furtum committet.* INSTIT. Lib. IV. Tit. I. *De obligat. quæ ex delicto naſcuntur*, §. 6. Voyez A. GELLIUS, Lib. VII. Cap. XV.

Mais lorſque la choſe dépoſée ne ſouffre aucune détérioration par l'uſage, tel qu'eſt, par exemple, un Gobelet d'argent; je ne vois pas pourquoi le Dépoſitaire ne pourroit pas la mettre en parade dans ſa Chambre, ou s'en faire honneur pour régaler quelque perſonne diſtinguée: bien entendu que celui à qui appartient le Dépôt n'ait pas intérêt à le cacher, & que le Dépoſitaire réponde de tous les accidens auſquels la choſe peut être expoſée par l'uſage qu'il en fait. Il n'eſt pourtant jamais permis de décacheter, ni de dépaqueter, ni de tirer d'un Coffre fermé, un Dépôt qui nous a été ainſi mis entre les mains (d). Et même pour ce qui regarde les choſes ſuſceptibles de remplacement, quand même on les auroit reçuës ſans être renfermées dans quoi que ce ſoit, on ne peut pas les conſumer, (12) à moins qu'on n'ait dequoi en rendre autant d'autres de même ſorte & de même qualité, à la premiere requiſition de celui qui nous les a données en dépôt: car il peut arriver qu'il en ait grand beſoin, & que ce ne ſoit pas tout un pour lui d'en recevoir la valeur en quelque autre eſpece ou de quelque autre maniere.

(d) Voyez *Digeſt.* Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti*, &c. Leg. I. §. 36.

Enfin les Loix Romaines ont très-ſagement établi, que ceux qui nieroient ou refuſeroient malicieuſement de rendre un triſte Dépôt que la neceſſité auroit obligé de leur confier dans une occaſion preſſante, comme dans une Sédition, dans un Incendie, dans la ruïne d'un Bâtiment, dans un Naufrage; ſeroient condamnez à rendre le double (13). En effet, rien ne mérite plus châtiment que l'infidelité barbare & inhumaine de ceux

(12) La déciſion de Mr. de SACY, ſur un cas qu'il propoſe dans ſon *Traité de l'Amitie*, paroît un peu bien ſevere, pour ne pas dire fort outrée. *Je ne crains point de dire* (ce ſont ſes propres termes), *que celui à qui on a dépoſé cent mille livres, ne peut pas les employer à ſauver la vie de ſon Ami tombé entre les mains des Corſaires, qui menacent de la lui ôter, ſi dans un certain tems il ne leur fournit cette ſomme. C'eſt-là le cas où il doit oublier qu'il ait un Dépôt: parcequ'en effet avoir une ſomme en dépôt, c'eſt ne la point avoir. Il ne nous eſt permis ni d'ouvrir le coffre où elle eſt, ni de le rompre. S'il nous arrive de le faire, nous ne commettons pas un moindre crime, que ſi la nuit nous eſcaladions la Maiſon d'un Voiſin pour prendre cette ſomme. La ſeule différence qu'il y ait, c'eſt que les Loix puniſſent l'une de ces actions du dernier ſupplice, & que ne prenant point connoiſſance de l'autre, elles laiſſent à l'infamie le ſoin de la punir. Au fond, c'eſt préciſément la même choſe. La ſomme dépoſée n'eſt point entre les mains du Dépoſitaire comme chez lui, elle y eſt comme chez celui à qui elle appartient. Lorſque le Dépoſitaire en fait uſage, il ne la vole pas moins, que ſi ne lui ayant point été depoſée, il alloit la prendre la nuit dans la Maiſon de celui qui en eſt le véritable Proprietaire.* Page 125, 126. *Edit. de Holl.* L'Auteur ne diſtingue point ſi l'on a, ou non, dequoi rendre la ſomme dépoſée dont on ſe ſert pour ſauver la vie à un Ami: tout ce qu'il dit tend à établir, que quelque importante, quelque preſſante que ſoit la raiſon pour laquelle on uſe du Dépôt, on ſe rend coupable de vol, par cela ſeul qu'on fait uſage de ce que l'on avoit ſeulement en garde. Mais c'eſt ici un de ces cas de néceſſité qui ſont au-deſſus des régles ordinaires, & dont l'exception eſt renfermée dans tous les engagemens. Ce que l'on pourroit faire pour ſoi-même, on peut certainement le faire, dans une telle circonſtance, pour un Ami, qui eſt un autre nous-même: & l'on doit avoir aſſez bonne opinion de celui qui nous a confié le Dépôt, pour croire qu'il nous prêteroit volontiers cet argent pour un tel uſage; deſorte qu'il peut être cenſé y conſentir tacitement. Je vais plus loin, & je ne ſçai ſi ſuppoſé que la ſomme dépoſée fût peu conſidérable eu égard aux facultez de celui à qui elle appartient, on ne pourroit pas l'employer à ſauver la vie d'un Homme & d'un Ami, quand même on ne ſe ſentiroit pas aſſez riche pour rendre de longtems, ou jamais, toute cette ſomme. S'il eſt permis, comme on l'a fait voir ci-deſſus Liv. II. Chap. VI. de prendre non ſeulement le bien d'autrui, mais encore de mettre en danger la vie de quelqu'un pour conſerver la ſienne: ne ſera-t-on pas du moins fort excuſable, d'avoir pris la liberté de diſpoſer d'un Dépôt pour une ſi preſſante néceſſité d'un Ami? Et il y a bien de la différence entre cette action, & celle d'un homme qui iroit voler pour avoir dequoi ſauver ſon ſon Ami. Car le dernier commet une violence & une injuſtice manifeſte: au lieu que l'autre profite de l'occaſion que la Providence lui fournit, & il peut avoir quelque préſomption du conſentement de celui qui lui a mis ſon argent entre les mains. Il en eſt ici, à-peu-près, comme d'un homme qui étant pourſuivi par l'Ennemi ou par des Voleurs, prend pour ſe ſauver, le premier Cheval qu'il trouve, & dont le Maitre n'eſt ni préſent ni connu.

(13) *Prætor ait, Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii cauſâ depoſitum ſit, in ſimplum: ex earum autem rerum, quæ ſupra comprehenſæ ſunt: in ipſum in duplum..... cùm .. exſtante neceſſitate deponat, creſcit perfidiæ crimen.* DIGEST. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti*, &c. Leg. I. §. 1. 4. C'étoit autrefois la peine de quiconque nioit le Dépôt, ſelon les Loix des XII. TABLES. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT, page 368. & les Interprêtes ſur les *Receptæ Sententiæ* de JULIUS PAULUS, Lib. II. Cap. XII. *num.* 11. Au reſte, les paſſages de l'EXODE, XXII. 7, 8, 9. & du LEVITIQ. VI, 2, *& ſuiv.* comme auſſi celui de QUINTILIEN, Declam. CCXLV. qui étoient citez ici, regardent toute ſorte de Dépôt en general.

qui ne ſont pas ſcrupule de profiter du malheur d'une perſonne digne au contraire de toute leur compaſſion. C'eſt même, à mon avis, un crime plus énorme, de nier (e) ou de s'approprier un Dépôt, que de commettre un Larcin; puiſque par le dernier on ne viole que les Loix de la Juſtice & les droits de la Proprieté, au lieu que par l'autre on foule encore aux pieds les Loix les plus ſacrées de l'Amitié, & les plus indiſpenſables Devoirs de l'Humanité (f). En vain diroit-on pour établir le contraire, que celui qui met une choſe entre les mains de quelqu'un, lui fournit par-là occaſion de pécher, en lui faiſant prendre envie de s'approprier le Dépôt; au lieu que le Voleur va lui-même chercher, par des voyes criminelles, l'occaſion de prendre le bien d'autrui : outre qu'il viole en même tems l'azile le plus ſacré que les Loix de tous les Peuples ayent aſſigné à chacun, qui eſt ſa propre Maiſon. Ces raiſons ne ſont rien moins que ſatisfaiſantes; car un Tuteur qui abuſe de ſa Pupille, en eſt-il moins coupable, parcequ'on lui en avoit confié le ſoin, & qu'on l'avoit prié de la recevoir chez lui?

(e) Ce crime étoit puni de mort parmi les *Piſidiens*; au rapport de *Nicolas de Damas*, Excerpt. Peireſc. pag. 518.

(f) Voyez *Ariſtot.* Problem. Sect. XXIX. Quæſt. 2. & 6. *Dig.* Lib. XXVII. Tit. II. *de Furtis*, Leg. I. §. 2. & LXVII. *princip.*

---

# CHAPITRE V.

## *De l'Echange, & du Contract de* Vente, *qui ſont les deux premieres ſortes de Contracts intéreſſez de part & d'autre.*

De l'*Echange.*

§. I. Parmi les *Contracts Onéreux* ou intéreſſez de part & d'autre, on met, avec raiſon, au premier rang, l'Echange, qui eſt le plus ancien, & celui auquel ſe réduiſoit tout le Commerce avant l'invention de la Monnoye (1).

Chap. X. §. I. (1) Tacite dit, que *les anciens Habitans du cœur de l'*Allemagne *trafiquoient par échange, qui eſt la plus ſimple & la plus ancienne maniere de commerce. De moribus German.* Cap. V. num. 6. *Interiores ſimplicius & antiquius permutatione mercium utuntur.* Voyez d'autres Autoritez dans Grotius, Liv. II. Chap. XII. §. 3. *num.* 3. dans la *Note*; comme auſſi ce que dit Jean de Wit, Grand Penſionnaire de *Hollande*, dans ſes *Memoires* publiez en François en 1709. ſur l'ancien commerce des *Celtes*, des *Vandales*, des *Huns*, des *Goths*, &c. I. Part. *Chap.* VIII. Notre Auteur fait ici une Critique hiſtorique, qui occupe aſſez inutilement une page de l'Original, & qui ſera du moins mieux placée dans une Note. On croit ordinairement, que du tems de la Guerre de *Troye*, il n'y avoit d'autre ſorte de Commerce que celui de l'Echange; & pour le prouver on allégue deux paſſages d'Homere : l'un de l'*Iliade*, Lib. VII. verſ. 471. *& ſeqq.* cité dans les Institutes, Lib. III. Tit. XXIV. §. 2. & dans le Digeste, Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. I. où l'on voit que *les Grecs achetoient du Vin, les uns avec du Cuivre, les autres avec du Fer, les autres avec des Peaux, les autres avec des Bœufs, les autres avec des Eſclaves* : l'autre de *l'Iliade*, Lib. VI. verſ. 235, 236. où Glaucus *donne à* Dioméde *des Armes d'or qui valoient cent Bœufs* (ἑκατόμβοια) *pour des Armes de cuivre qui n'en valoient que neuf.* (ἐννεαβοίων) Voyez Plin. *Hiſt. Nat.* Lib. XXXIII. Cap. I. Mais, dit nôtre Auteur, il n'y a rien de plus commun aujourd'hui même, que de voir les Soldats troquer contre d'autres choſes le butin qu'ils ont fait, qui ne conſiſte pas toûjours en argent. Ainſi, de ce que les Soldats Grecs qui étoient au ſiége de *Troye*, donnoient pour du Vin diverſes choſes qu'ils avoient priſes, il ne s'enſuit pas que dans ce tems-là l'uſage de la Monnoye fût inconnu. Homere même fait mention quelquefois des *Talens d'or*, χρυσοῖο τάλαντα, par exemple, *Iliad.* IX. 122. & *Odyſſ.* Lib. VIII, 393. Il eſt vrai que ceux dont il eſt parlé dans le dernier paſſage, ſont appellez ailleurs, *Odyſſ.* L. XIII, 11. χρυσὸς πολυδαίδαλος; au lieu que le Talent eſt proprement un terme de Poids. Mais il n'y a point d'apparence que tout l'Or dont on fit préſent à *Ulyſſe*, fût travaillé, ou qu'on ne ſe ſervit alors de ce métal que pour faire des Coupes ou autres vaſes. Et je ne vois pas comment Homere auroit pû parler de l'Or comme d'une choſe ſi précieuſe, ſi le conſentement des Peuples n'y avoit pas encore attaché un *Prix éminent.* D'ailleurs, le mot de πολυδαίδαλος peut ſignifier une choſe propre à être artiſtement travaillée de differentes façons, quoiqu'elle ne le ſoit pas encore actuellement. Pour ce que dit le Poëte, que les Armes de *Glaucus* valoient cent Bœufs, & celles de *Dioméde* neuf ſeulement; il l'a fait ſans doute, parceque dans la plus reculée Antiquité, les Richeſſes conſiſtant ſurtout en Bétail, & les Bœufs étant les Animaux les plus néceſſaires à l'Agriculture, on s'en ſervoit pour régler la valeur des autres choſes; deſorte que, comme on diſoit alors, *cela vaut autant de Bœufs*, cette façon de parler, devenuë commune, ne s'abolit pas dès le moment qu'on

Mais il faut remarquer, qu'il y a deux ſortes d'*Echange*. L'une, qui ſe fait lorſque les Contractans ayant eſtimé & comparé enſemble les choſes qu'ils veulent troquer, ſur le pié de ce qu'elles pourroient valoir étant achetées, ſe les donnent l'un à l'autre en place d'argent. L'autre, qui conſiſte en ce que l'on donne choſe pour choſe, en les comparant ſimplement en elles-mêmes, & par rapport à leur valeur propre & intrinſeque. La premiere eſt une eſpece de Vente réciproque, où ce que l'on donne en échange tient lieu d'argent. Et cette ſorte de Contract eſt encore aujourd'hui fort en uſage, ſurtout entre les Marchands.

On appelle auſſi quelquefois du nom d'*Echange*, une Donation réciproque que les Amis ſe font ſouvent les uns aux autres, & qui n'étant pas un Contract, ne demande pas néceſſairement que chacun donne quelque choſe d'égale valeur à ce qu'il reçoit. C'eſt proprement à cela qu'il faut rapporter le troc que firent enſemble *Glaucus* & *Dioméde* (a): car, quoique *Glaucus* doive peut-être paſſer pour un ſot, d'avoir donné des Armes d'or pour des Armes de cuivre, il n'y avoit pour cela aucune injuſtice de la part de *Dioméde* (2).

(a) *Homer.* Iliad. VI, 235, 236.

De la *Vente*; & quand elle eſt accomplie?

§. II. MAIS depuis l'invention de la Monnoye, le Contract le plus en uſage eſt celui de VENTE, par lequel, *moyennant une certaine* (1) *ſomme d'argent que l'on donne au*

eût inventé l'uſage de la Monnoye. D'où vient que, ſelon la remarque du Scholiaſte DIDYME ſur ce même paſſage, on appelloit ἀλφεσίβοιαι, comme qui diroit *Filles qui trouvent des Bœufs*, celles dont la beauté leur procuroit un Mari qui leur faiſoit de grands préſens, ſelon la coutume de ce tems-là. Et quand même on accorderoit que l'uſage de l'Argent monnoyé n'étoit pas encore connu parmi les *Grecs*; l'Or & l'Argent, pris au poids, pouvoient tenir lieu de Monnoye dans le Commerce. [ Voyez EVER. FEITHII *Antiq. Homericæ*, Lib. II. Cap. X. & la Diſſertation de feu Mr. PERIZONIUS, *De Aëre gravi*, page 18, *& ſeqq.* ] Il paroît du moins par l'Hiſtoire Sainte, que l'uſage de la Monnoye étoit établi parmi pluſieurs Peuples avant la Guerre de *Troye*. Le paſſage d'HOMERE ajoûte notre Auteur, me fait encore ſouvenir d'une diſpute qui fut agitée autrefois entre les Juriſconſultes Romains; ſçavoir, ſi depuis l'établiſſement de la Monnoye on peut donner le nom de *Vente* à un Contract où les Contractans ne donnent point d'argent, comme quand on donne une Veſte pour un Manteau? Les uns l'affirmoient, fondez ſur le paſſage d'HOMERE que nous avons cité, *Iliad.* VII, 471. *& ſeqq.* οἰνίζεσθαι ne ſignifie pas proprement, *acheter du vin*; il marque ſeulement l'acquiſition que l'on fait de cette liqueur, de quelque maniere que ce ſoit: de même qu'en Latin *pabulari*, *lignari*, *frumentari*, ſignifient en general *ſe pourvoir de Fourrage, de Bois, de Blé*, par quelque voye que ce ſoit. Auſſi voyons-nous que l'opinion contraire l'emporta, par la raiſon que ſur ce pié-là chacun des Contractans ſeroit Acheteur & Vendeur, & une ſeule & même choſe deviendroit la *marchandiſe*, & le *prix*; ce qui eſt abſurde. *Sed verior eſt* NERVÆ *&* PROCULI *ſententia*, [ *permutationem, non emptionem hoc eſſe* ]: *nam ut aliud eſt* vendere, *aliud* emere, *alius* emptor, *alius* venditor, *ſic aliud eſt* pretium, *aliud* merx: *quod in permutatione diſcerni non poteſt, uter emptor, uter venditor ſit.* DIG. *ubi ſuprà.* On peut dire pourtant, ſelon la diſtinction que notre Auteur fait ici dans le Texte, que quand on échange des choſes qu'on a auparavant eſtimées à prix d'argent, il y a là une eſpece de Vente réciproque; & qu'ainſi rien n'empêche que la même perſonne ne ſoit à divers égards, l'Acheteur & le Vendeur. Voyez ſur cette diſpute, au fond très-peu importante, les *Origines Juris Civilis* de feu Mr. GRAVINA, Profeſſeur en Droit à Rome, Lib. II. pag. 152, *& ſeqq. Edit. Lipſ.* 1717. & le Commentaire de Mr. NOODT, page 391, *& ſeqq.*

(2) MAXIME *de Tyr*, Diſſert. XXIV. *init.* dit que dans cet échange de *Glaucus* & de *Dioméde*, l'inégalité de la choſe même fut compenſée par l'égalité des motifs & des ſentimens qui les porterent à donner mutuellement leurs Armes. Οὐδὲν γὰρ οὔτε τῷ λαβόντι χρυσὸς πλέον, οὔτε τῷ ἀλλαξαμένῳ ὁ χαλκὸς ἔλαττον· ἀλλὰ ἀμφοτέροις καλῶς ἔχει ἑκατέρα ἐν τῷ ἀνίσῳ τῆς ὕλης, ἰσοστασίῳ τῇ γνώμῃ δεθέντα. Voyez là-deſſus la *Note* de Mr. DAVIES. L'Auteur citoit auſſi plus bas ISOCRAT. *ad Nicoclem*, au commencement; & il remarquoit encore, qu'au rapport d'OLEARIUS, *Itiner. Perſic.* Lib. I. Cap. I. il y a en *Moſcovie* un Marché, où l'on trafique d'Images, que l'on n'*achete* pas, dit-on, mais que l'on échange ſimplement pour de l'argent. Au reſte, il faut ajoûter ici, que par le Droit Romain l'*Echange* eſt un *Contract ſans nom*, qui ne donnoit action en Juſtice que quand la délivrance avoit été faite de part ou d'autre; & enſorte que celui qui avoit le premier remis à l'autre la choſe à échanger, pouvoit ſe dédire, quoique, s'il vouloit, l'autre fût indiſpenſablement obligé de tenir l'accord, & de donner ce qu'il avoit promis en échange. Voyez DIGEST. Lib. XIX. Tit. IV. *De rerum permutatione*; & *les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. Part. Liv. I. Tit. III. comme auſſi CUJAS, *Obſerv.* Lib. XXIII. Cap. 28. & Mr. NOODT, *Probab.* Lib. IV. Cap. 4.

§. II. (1) *Et ſi quidem* pecuniam dem, ut rem accipiam, *emptio & venditio eſt.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis*, &c. Leg. V. §. 1. *Sine pretio nulla venditio eſt.* Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda emptione*, &c. Leg. II. §. 1. On peut auſſi vendre une Servitude, une Heredité, une Dette; en un mot, toute ſorte de

*Vendeur, on acquiert de lui la Proprieté d'une choſe, ou quelque autre droit équivalent.* Et ici on demande d'abord; quand c'eſt que la Vente eſt conſommée, enſorte qu'il ne reſte plus rien ſi ce n'eſt que le Vendeur ſe deſſaiſiſſe de la Marchandiſe, & que l'Acheteur en prenne poſſeſſion? Par les Loix Romaines ce Contract eſt pleinement accompli, (2) auſſi-tôt qu'on eſt conveun du prix de la choſe à vendre: & dès-lors les deux Contractans ont action l'un contre l'autre; l'Acheteur pour obliger le Vendeur à lui délivrer la Marchandiſe; & le Vendeur pour obliger l'Acheteur à la prendre en payant ou ſur le champ, ou au bout d'un certain tems réglé entr'eux, le prix dont ils ſont demeurez d'accord. Mais, ſelon les mêmes Juriſconſultes, il manque quelque choſe à la Vente ou par une raiſon générale, ou par une raiſon particuliere, qui fait qu'on n'a pour cela aucune action en Juſtice. Le premier arrive, lorſque l'Acheteur & le Vendeur (3) n'ont rien conclu, & qu'ils ſont ſeulement en marché; car en ce cas-là, n'y ayant

droits, noms & actions. Voyez le Titre du Digest, *De hereditate vel actione vendita*, Lib. XVIII. Tit. IV.

(2) Quoique l'Acheteur ne paye pas comptant, & qu'il ne donne point d'arrhes: *Eſt autem emptio jures gentium, & ideo conſenſu peragitur, & inter abſentes contrahi poteſt, & per nuntium, & per litteras.* Digest. *de contrah. empt.* Leg. I. §. 2. *Emptio & venditio contrahitur ſimulatque de pretio convenerit: quamvis nondum pretium numeratum ſit ac ne arrha quidem data fuerit.* Instit. Lib. III. Tit. TXIV. *princip.* Voyez auſſi Digest., *ubi ſuprà*, Leg. XIX. XXXIV. §. 6. XXXV. §. 5, 6, 7.

(3) Comme quand on n'eſt pas convenu du prix, & qu'on a dit ſeulement, *Nous ſerons bien d'accord, Je vous donnerai cela à un prix raiſonnable*, &c. Il en eſt de même, ſelon les Juriſconſultes Romains, lorſque l'on a dit: *Je vous donnerai cela pour ce qu'il vous plaira, pour ce que vous jugerez raiſonnable*, &c. *Illud conſtat, imperfectum eſſe negotium, cum emere volenti ſic venditer dicit*, QUANTI VELIS, QUANTI ÆQUUM PUTAVERIS, QUANTI ÆSTIMAVERIS, HABEBIS EMPTUM. Digest. *ibid.* Leg. XXXV. §. 1. Voyez là-deſſus le Commentaire de Mr. Noodt *page* 388, 389. On demande, ſi une ſimple Convention de vendre ou d'acheter, oblige à quelque choſe par le droit de la Nature & des Gens? Mr. Thomasius, dans une Diſſertation *De Arrhis Emptionum*, §. 23. le nie abſolument, & la raiſon, dit-il, en eſt claire, c'eſt qu'il n'y a alors qu'un conſentement vague qui ne tombe ſur aucune choſe determinée, & qui ne ſauroit donner à celui en faveur de qui l'on a promis, aucun droit de rien demander. Car que prétendroit-il? Qu'on lui vendît ou qu'on achetât de lui actuellement? Mais ſi l'un ne vouloit pas vendre il pourroit éluder aiſément l'effet de cette promeſſe apparente, en exigeant un prix énorme, ou en ajoûtant telles conditions que bon lui ſembleroit; & ſi l'autre ne vouloit pas acheter, il s'en diſpenſeroit auſſi facilement par des petits offres, ou en ſtipulant des conditions fort onéreuſes. Ou bien prétendroit-on un dédommagement? Mais dequoi voudroit-on être dodommagé, puiſqu'il n'y a ni marchandiſe déſignée, ni prix réglé, & que l'un n'a quà témoigner être tout prêt de conclure le marché, ſi l'autre ſe réſout à en paſſer par où bon lui ſemblera, pour lui ôter tout ſujet de ſe plaindre, & pour rejetter même ſur lui la faute de ce que le Contract ne s'accomplit point? A juger néanmoins de la choſe par le ſeul Droit de la Nature & des Gens, il me ſemple qu'on ne peut pas tout-à-fait entrer dans le ſentiment de Mr. Thomasius. Je diſtingue ici entre une Promeſſe vague, qui ne ſignifie rien & qui n'engage à rien proprement; & une veritable Promeſſe par laquelle on fait eſperer quelque choſe d'indeterminé en ſoi, qui néanmoins eſt de nature à avoir un effet très-réel, quoique ſujet à manquer. La premiere ſorte de Promeſſe peut à la verité être toûjours eludée de la maniere que le repreſente cet habile Juriſconſulte, parcequ'on n'a promis qu'autant qu'on voudroit tenir, & quainſi celui à qui l'on a promis n'a acquis aucun droit, mais l'autre doit certainement être expliquée enſorte qu'elle ne ſe réduiſe pas à rien, & que le Promettant ne puiſſe point en éluder leffet à ſa fantaiſie. Eclairciſſons ceci par un exemple. Je vois chez quelqu'un une choſe qui m'accommode; je lui demande, s'il veut me la vendre; il me répond qu'oui: là deſſus je m'en vais ſans faire marché, ni exiger aucune parole poſitive qu'on mettra cette choſe à part pour moi. En ce cas-là, il eſt clair que ſi le Maître de la Marchandiſe la vend à un autre, ou qu'il ne veuille plus me la vendre, quand je reviens la lui demander, il ne me fait aucun tort: car il ne s'eſt engagé à rien envers moi, qu'autant que nous ſerions d'accord, ſi pour l'heure j'étois entré en marché; & puiſque je l'ai négligé, c'eſt tant pis pour moi. Cela à lieu ſurtout lorſque celui qui avoit témoigné ſa volonté préſeute eſt Marchand de profeſſion, ou trafique du moins des choſes de cette nature: car avec de telles gens on ſçait bien que ſi on ne les prend d'abord au mot, quand même ils auroient offert de donner quelque choſe pour un certain prix, il n'y a rien de fait; à plus forte raiſon ſont-ils libres de vendre ou de ne pas vendre lorſqu'on n'a encore parlé de rien. Mais ſuppoſé que je diſe à un Marchand même de profeſſion: *Puis-je bien compter que vous me vendrez telle ou telle choſe?* & que là-deſſus il me promette poſitivement de me la reſerver; il s'engage alors tacitement à me la vendre ou ſur un pied raiſonnable, s'il s'agit d'une choſe dont le prix varie beaucoup, ou au prix courant, s'il y en a un de reglé; pourvû que je vienne l'acheter bien-tôt, ou dans le tems dont nous ſommes convenus: car ſi je laiſſe paſſer ce terme, ou que n'y en ayant point de marqué, je demeure trop long-tems à revenir, l'autre contractant eſt cenſé quitte de ſa parole, à cauſe des occaſions qu'il peut perdre de ſe défaire avantageuſement de ſa Marchandiſe; comme avant cela il ne lui étoit pas libre de ſe dédire, à cauſe de celles que je puis avoir manquées de m'accommoder ailleurs. Joignez ici ce que j'ai dit ſur Grotius, Liv. II. Chap. XII. §. 15. *Note* 5.

point encore d'Obligation contractée, il eſt libre à chacun de ſe dédire; bien entendu que l'on ait agi ſans tromperie & ſans aucun deſſein de ſe mocquer l'un de l'autre; ce qui a lieu dans toute ſorte de Contracts. L'autre cas arrive, lorſque le Contract déja conclu renferme une (4) condition ou expreſſe, ou ſouſentendue, qui ſuſpend l'effet de l'Obligation; comme, par exemple, s'il s'agit d'une choſe que (5) l'on prend à l'eſſai: car alors on eſt cenſé ſuppoſer tacitement, qu'on ne l'achete qu'au cas qu'elle ſe trouve telle que le Vendeur nous l'a dépeint, ou qu'elle ſoit à nôtre gré, après que nous l'aurons vûe, ou goûtée, ou examinée de quelque autre maniere. En effet, pour régler le prix d'une Marchandiſe, il faut toûjours avant toutes choſes en bien connoître les qualitez; & lorſqu'on n'eſt pas aſſuré de la bonne foi de quelqu'un, c'eſt une grande imprudence que d'acheter de lui quoi que ce ſoit ſans l'avoir examiné. Mais il n'en eſt pas de même du poids, de la meſure, & du nombre des marchandiſes; car il n'y a point proprement de condition tacite qui les détermine & les fixe: enſorte que, s'il y a plus ou moins qu'on n'auroit crû, la Vente ſoit nulle; à moins que la choſe ne ſe trouve de telle nature, (6) qu'elle ſoit inutile ſi l'on n'en achete une certaine quantité. Pour ce qui eſt de ſçavoir combien on achete de piéces, de meſures, ou de livres, cela appartient à l'execution du Contract: avant que d'avoir meſuré, peſé, ou compté ce que l'on veut acheter, les Marchandiſes venduës ne ſont pas bien diſtinctement déſignées; on ne ſçait ce que l'Acheteur a acquis, ni ce qui reſte au Vendeur, dans un tas de choſes de même ſorte (7). Par la même raiſon, la délivrance de la Marchandiſe n'eſt cenſée ſe faire, non-plus que le tranſport de la Proprieté, qu'après cette détermination du nombre, de la meſure ou du poids; à moins qu'on n'ait vendu une choſe en bloc, ſans parler de la quantité que pour la déſigner à-peu-près, & non pas pour la déterminer au juſte: car alors il n'eſt pas abſolument néceſſaire de compter, ou de peſer les Marchandiſes avant qu'elles ſoient tenues pour délivrées. En effet, autre choſe eſt de dire: *Je vous vends le Vin contenu dans ce Tonneau qui tient dix Bouteilles*; & de dire: *Je vous vends dix Bouteilles du Vin qui eſt dans ce Tonneau*. La vente eſt encore imparfaite, ſelon le Droit Romain, (8) lorſque les Contractans étant

(4) *Conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cùm impleta fuerit conditio.* DIGEST. *ibid.* Leg. VII. *princ.* Mais cela n'eſt pas particulier au Contract de Vente, toutes les Conventions generalement ſuivent la même régle. Voyez ce que l'on a dit ci-deſſus, Liv. III. Chap. VIII. *Quod ſi ſub conditione res venierit*, diſent encore les Juriſconſultes Romains, *ſi quidem defecerit conditio, nulla eſt emptio, ſicuti nec ſtipulatio.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. VI. *De periculo & commodo rei venditæ*, Leg. VIII. *princip.*

(5) *Guſtus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, menſura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, ſed ut appareat, quantum ematur.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. XXXIV. §. 5. *Difficile autem eſt, ut quiſquam ſic emat, ut ne deguſtet.* Ibid. Tit. VI. *De periculo & commodo rei venditæ*, Leg. IV. §. 1. Les déciſions des Juriſconſultes ſur les cas qui ſe rapportent à ceci, ſont conçues d'une maniere fort embrouillée. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT page 414. & les OBSERVATIONS de feu Mr. BEST, Cap. VIII. & IX.

(6) Comme, par exemple, lorſqu'ayant acheté du Drap pour un Habit, il ſe trouve que la piéce ne contient pas autant d'aunes qu'il en faut.

(7) *Si id, quod venierit appareat, quid, quale, quantum ſit, & pretium, & purè venit, perfecta eſt emptio.* DIGEST. *De peric. & comm. rei vend.* Leg. VIII. *princip.* *In his, quæ pondere, numero, menſurave conſtant. . . . ſi omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcumque eſſet, uno pretio venierit, idem juris eſt, quod in cæteris rebus. Quod ſi vinum ita venierit, ut in ſingulas amphoras; item oleum, ut in ſingulos metretas; item frumentum, ut in ſingulos modios; item argentum, ut in ſingulas libras certum pretium diceretur. . . . & de his quæ numero conſtant, ſi pro numero corporum pretium fuerit ſtatutum:* SABINUS & CASSIUS *tunc perfici emptionem exiſtimant, cum adnumerata, admenſa, adpenſave ſint: quia venditio quaſi ſub hac conditione videtur fieri, ut in ſingulos metretas, aut in ſingulos modios, quos, quaſve admenſus eris, aut in ſingulas libras quas adpenderis, aut in ſingula corpora quæ adnumeraveris.* Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* &c. Leg. XXXV. §. 5. Ici pourtant, non-plus que dans les Ventes conditionelles, on ne peut pas ſe dédire avant que les choſes achetées ayent été meſurées, peſées ou comptées.

(8) Cela n'eſt pas particulier au Contract de Vente; la même choſe a lieu dans toutes les autres ſortes de Conventions *Contractus venditionum, vel permutationum, vel donationum, quas intimari [non] eſt neceſſarium, dationis etiam arrharum, vel alterius cujuſcumque cauſæ,*

(a) Voyez ci-deſſus, Chap. II. §. 6. à la fin.

(b) Voyez les déciſions des Rabbins au ſujet de ce Contract, dans *Selden, de Jur. Nat. & G. ſecund. Hebr.* Lib. VI. Cap. I. & IV. & un paſſage de *Théophraſte* rapporté par *Stobée, Serm.* XLII.

* Si la perte ou le profit d'une choſe vendue, mais non délivrée, regardent l'Acheteur ou le Vendeur?

convenus de donner leur conſentement par écrit, l'acte n'eſt pas encore paſſé. Autre choſe eſt, (a) ſi l'Ecrit ne ſe fait que pour ſe ſouvenir de la Vente (9), ou pour la certifier. (b)

* §. III. POUR moi, il me ſemble qu'il faut avant toutes choſes bien diſtinguer ici entre le *Contract* & ſon *execution*. Le *Contract* eſt accompli, du moment qu'on a diſtinctement marqué la Marchandiſe vendue, & que l'on eſt convenu du prix, ſans qu'il y ait aucune condition ni expreſſe ni tacite, qui ſuſpende l'Obligation, ou qui laiſſe la liberté de ſe dédire. Mais l'*execution* du Contract ſe fait ſeulement, lorſque l'Acheteur paye le prix de la Marchandiſe, & que le Vendeur la lui délivre. La maniere de Vente la plus ſimple & la plus naturelle, c'eſt (1) de donner & de recevoir ainſi en même tems ſur le champ. Mais lorſqu'il ſe paſſe quelque tems entre l'accompliſſement du Contract, & ſon execution de la part du Vendeur, c'eſt-à-dire, depuis qu'on eſt convenu du prix juſqu'à la délivrance de la Marchandiſe; on demande, *ſi la perte ou le profit de la choſe vendue, qui arrivent pendant cet intervalle, regardent l'Acheteur ou le Vendeur?* Et on entend parler ici des pertes qui arrivent par un cas fortuit; c'eſt-à-dire, lorſque la choſe vendue vient à périr ou en tout, ou en partie, par l'effet d'une force extérieure & inſurmontable, ou d'un vice intérieur provenant de cauſes naturelles, ou lorſqu'elle eſt volée ou enlevée injuſtement de quelque autre maniere entre les mains du Vendeur. On ſçait (2) que le Droit Romain met cette perte ſur le compte de l'Acheteur, quoique ſelon ces mêmes Loix le Vendeur demeure Proprietaire de la choſe vendue (3) tant qu'il ne l'a pas encore délivrée. Mais d'où vient donc

[*quas tamen*] *in ſcriptis fieri placuit: tranſactionum etiam, quas in inſtrumento recipi convenit; non aliter vires habere ſancimus, niſi inſtrumenta in mundum recepta, ſuſcriptionibuſque partium confirmata; & ſi per tabellionem conſcribantur, etiam ab ipſo completa, & poſtremo à partibus abſoluta ſint.* COD. Lib. IV. Tit. XXI. *De fide inſtrumentorum*, &c. Leg. XVII. Voyez INSTITUT. Lib. III. Tit XXIV. *De Emptione & Venditione*, princip. Il faut remarquer, que dans ce paragraphe, quoique l'Auteur ſemble vouloir ſeulement rapporter les déciſions du Droit Romain, il fait quelquefois un mêlange de ſes propres idées avec celles des anciens Juriſconſultes, qu'il tâche de rectifier & de ramener à la ſimplicité des principes du Droit naturel. Il ne m'a pas été poſſible de demêler tout cela dans la Traduction.

(9) C'eſt ce qui ſe préſume ordinairement, à moins que le contraire ne paroiſſe. *Fiunt enim de his* [obligationibus quæ conſenſu contrahuntur] *ſcripturæ, ut quod actum eſt per eas facilius probari poſſit: & ſine his autem valet quod actum eſt, ſi habeat probationem; ſicut & nuptiæ ſunt, licet teſtatio ſine ſcriptis habita eſt.* DIGEST. Lib. XXII. Tit. IV. *De fide inſtrumentorum*, &c. Leg. IV. Voyez, au reſte, ſur toute cette matiere du Contract de Vente, les Loix *Civiles dans leur Ordre naturel, par* DAUMAT, I. Part. Livre I. Tit. II.

§. III. (1) C'eſt ce que PLAUTE appelle, *Græcâ mercari fide*, Aſinar. *Act.* I. *Scen.* III. verſ. 47. PLATON, *De Legibus*, Lib. XI. Tome II. page 915. D. *Edit. H. Steph.* (page 965. A. *Edit. Wechel.*) veut, que dans ſa République on ne vende & l'on n'achete que de cette maniere; comme le remarquoit ici notre Auteur.

(2) *Quum autem emptio & venditio contracta ſit. . . periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi adhuc ea res emptori tradita non ſit. Itaque ſi homo mortuus ſit, vel aliquâ parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte, incendio conſumptæ fuerint; aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte, ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior eſſe cœperit; emptoris damnum eſt, cui neceſſe eſt, licet rem non fuerit nactus, pretium ſolvere. Quidquid enim ſine dolo & culpâ venditoris accidit, in eo venditor ſecurus eſt.* INSTITUT. Lib. III. Tit. XXIV. §. 3. La négligence dont le Vendeur eſt reſponſable, outre la mauvaiſe foi, c'eſt, ſelon les Juriſconſultes Romains, ce qu'ils appellent *faute légére*, laquelle eſt oppoſée au ſoin qu'un bon Pere de famille a ordinairement de ſes propres affaires; car ils exigent ce degré d'exactitude dans tous les Contracts qui ſe font pour l'avantage des deux Parties. *Si nihil appareat conveniſſe, talis cuſtodia deſideranda eſt à venditore, qualem bonus paterfamilias ſuis rebus adhibet; quam ſi præſtiterit, & tamen rem perdidit, ſecurus eſſe debet* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. XXXV. §. 4. *Sed ubi utriuſque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in ſocietate, & dolus & culpa præſtatur.* Lib. XIII. Tit. VI. *Commodati, vel contra*, Leg. V. §. 2. Mais, à en juger par le ſeul Droit de Nature, je m'en tiens à ce que j'ai dit ſur le Chap. précedent; & ſans avoir égard à cette diſtinction de l'avantage qui revient du Contract ou à l'une des deux Parties ſeulement, ou à toutes les deux enſemble, je crois que le Vendeur, & tout autre, qui s'eſt chargé expreſſément ou tacitement de garder une choſe qui appartient à autrui, de quelque maniere que ce ſoit, eſt reſponſable de ce qui arrive, lorſqu'il n'a pas fait tout ce qu'il auroit fait pour lui-même & pour ſon propre intérêt, dans les choſes qu'il prend le plus à cœur.

(3) Et même lorſqu'il l'a délivrée, tant qu'il n'a pas reçu le payement, ou fait crédit, ou pris quelque gage

donc que partout ailleurs c'eſt tant pis pour le Proprietaire, ſi ce qui lui appartient (4) périt ou eſt endommagé, ſans la faute de celui entre les mains de qui il ſe trouve? Pour concilier ces deux déciſions, quelques Juriſconſultes diſent que la derniere n'a lieu que dans les Contracts en conſéquence deſquels l'un des Contractans a ſimplement entre les mains une choſe qui appartient à l'autre; & non pas dans ceux en vertu deſquels on doit une certaine choſe en eſpece. Ou comme d'autres s'expriment, la choſe eſt perdue pour le Proprietaire, lorſqu'on oppoſe le Proprietaire à ceux qui ont ſimplement l'uſage ou la garde de la choſe, & non pas lorſqu'on l'oppoſe à ceux qui ont droit ſur la choſe, & qui peuvent la prendre ou la demander, comme s'ils en étoient déja actuellement Proprietaires. On allegue entr'autres raiſons de cette différence, que l'Acheteur ayant pû & dû retirer d'abord la choſe vendue, en la payant; s'il l'eût fait, elle auroit péri en ſes mains: deſorte que ſon retardement & ſa négligence ne doivent point tourner au préjudice du Vendeur. Quelques autres diſent, (a) que ſi la choſe vendue eſt, avant la délivrance, aux riſques, périls & fortunes de l'Acheteur, ce n'eſt pas parcequ'elle lui appartient proprement; mais parce qu'auſſi-tôt que le Contract eſt conclu & arrêté, le Vendeur conſideré par rapport à l'Acheteur, n'eſt pas tant cenſé Proprietaire que Débiteur, & Débiteur d'une choſe en eſpece, (5) laquelle venant à périr ſans qu'il y ait de la mauvaiſe foi ni aucune négligence de ſa part, il n'eſt plus tenu à rien envers l'Acheteur. (6) Mais tout cela ne nous fournit pas une

(a) *Caſp. Ziegler*, ſur *Grotius*, Lib. II. Cap. XII. §. 15

gage ou accepté une Caution, &c. *Sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipſe dominus eſt.* INSTITUT. *ubi ſuprà in fine paragr. Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori adquiruntur, quàm ſi is venditori pretium ſolverit, vel alio modo ei ſatisfecerit: velut expromiſſore, aut pignore dato.* Lib. II. Tit. I. *De rerum diviſione*, §. 41.

(4) *Res domino ſuo perit*, diſent les Juriſconſultes: maxime qu'ils tirent de cette Loi du CODE, Lib. IV. Tit. XXIV. *De pigneratitia actione*, Leg. IX. *Pignus in bonis debitoribus permanere, ideoque ipſi perire in dubium non venit.*

(5) C'eſt une régle des Juriſconſultes Romains, & la véritable raiſon ſur laquelle ils fondent leur déciſion ſur le cas dont il s'agit. Mais la queſtion eſt de ſçavoir, ſi mis à part leur autorité, elle peut être étenduë juſques-là, & ſi on peut bien la concilier avec l'autre régle qu'ils établiſſent eux-mêmes, que la perte d'une choſe eſt pour ſon Maître. Pour moi, je ne vois pas moyen de donner ici quelque ſolution ſatisfaiſante. Que le Débiteur d'une choſe en eſpece ſoit liberé, lorſqu'elle vient à périr ſans ſa faute, cela prouve ſeulement, qu'il n'eſt pas tenu des dommages & intérêts envers celui à qui il devoit la donner ou la procurer; à moins qu'il ne ſe ſoit clairement engagé à quelque choſe de plus, ou que la Loi ne l'y oblige. Mais il ne s'enſuit point, que quand il eſt lui-même Proprietaire, l'autre Contractant, qui n'eſt point en demeure de la retirer, & de la part duquel il n'y a d'ailleurs aucune autre faute, doive donner ou perdre l'argent qu'il n'avoit promis qu'en vûë de cette choſe qu'il n'a ni ne peut avoir. C'eſt ce que reconnoît feu Mr. VITRIARIUS, dans ſes *Inſtitut. Jur. Nat. & Gent.* Lib. II. Cap. XII. *Quæſt.* 27. où il ſuit néanmoins les principes des Juriſconſultes Romains. Il ſe fonde, pour les ſoûtenir, ſur deux raiſons. La premiere eſt, qu'il ne tenoit qu'à l'Acheteur de retirer d'abord la choſe venduë, ou par lui-même, ou par autrui; & s'il l'eût fait, la choſe auroit péri entre ſes mains. Mais on ſuppoſe mal-à-propos, que l'Acheteur peut toûjours retirer la choſe venduë, auſſi-tôt après la concluſion du marché. Or il arrive ſouvent, que cela n'eſt pas poſſible, ou parcequ'elle eſt loin du lieu où ſe fait le Contract, ou pour quelque autre raiſon. On convient même quelquefois expreſſément, que la choſe venduë ne ſera délivrée qu'au bout d'un certain tems. Et cependant les Juriſconſultes Romains ne diſpenſent point, en ces cas-là, l'Acheteur de la payer: il leur ſuffit, que le Contract fût pleinement conclu. L'autre raiſon, ſur laquelle Mr. VITRIARIUS ſe fonde, c'eſt que les avantages ſurvenus à l'occaſion de la choſe venduë ſont pour l'Acheteur: donc il doit auſſi ſouffrir la perte arrivée avant la délivrance. Mais c'eſt-là ſuppoſer viſiblement ce qui eſt en queſtion: car qui nie l'un, nie l'autre, & l'objection tirée de ce que le Vendeur demeure Proprietaire, a la même force contre le gain que contre la perte. Les Juriſconſultes Romains, & leurs Interprétes, auroient évité tous ces embarras, & établi des principes mieux liez, s'ils ne s'étoient entêtez d'une fauſſe idée du tranſport de Proprieté, qu'ils prétendent ne pouvoir ſe faire que par une priſe de poſſeſſion corporelle.

(6) Il auroit falu ajoûter, que CUJAS, & quelques autres après lui, ont prétendu, que par le Droit Romain même les accidens ſurvenus avant la délivrance étoient pour le compte du Vendeur. Voyez ce grand Juriſconſulte, ſur la Loi XXXIII. du Titre du DIGESTE, *Locati conducti*, dans ſon Traité *Ad Africanum*, Lib. VIII. Mr. VANECK, Profeſſeur à *Utrecht*, remarque dans ſes *Principia Juris Civilis*, ſur le Titre *De periculo & commodo rei venditæ*, §. 10. que les Sçavans deſeſpérent de concilier cette Loi avec l'opinion commune: & pour lui, il déclare franchement, que l'on peut dire, ſans bleſſer le reſpect qui eſt dû aux Juriſconſultes Romains, qu'ils n'étoient pas tout-à-fait d'accord entr'eux ſur cette matiere. Mr. NOODT, dans ſon Commentaire, *page* 416, 417. reconnoît, que dans le cas dont il s'agit il y a une exception à la re-

raiſon claire & convaincante, pourquoi le Vendeur étant obligé de mettre l'Acheteur en pleine poſſeſſion de la choſe vendue, le dernier doit plûtôt que le premier porter la perte qui ſurvient avant que celui-ci ait effectué ſon engagement. Et il ne ſert de rien d'alléguer ici quelques Loix, (b) qui diſent, que quand on a promis une choſe qui ne peut être remplacée par équivalent, ou une choſe en eſpece, comme parlent les Juriſconſultes, on n'en eſt point garant au cas qu'on la perde; car il s'agit là de Promeſſes gratuites, & en matiere de ces ſortes d'engagemens, il ſeroit certainement abſurde & injuſte que l'on fût tenu de donner ou la choſe même, ou la valeur; la nature même de l'affaire ne ſouffrant pas une interprétation ſi étendue. Mais d'où vient que dans un Contract intéreſſé de part & d'autre, comme la Vente, lorſque le Vendeur n'a pas encore executé ce à quoi il eſt tenu par le Contract, l'Acheteur doit ſe réſoudre à perdre la Marchandiſe, & à la payer pourtant? Pour moi, il me ſemble que le meilleur moyen de découvrir ici les régles de l'Equité Naturelle, c'eſt de diſtinguer ſi le retardement de la délivrance vient ou de ce que la choſe venduë ne pouvoit être tranſportée qu'en un certain tems au lieu où elle devoit être délivrée, ou de la faute du Vendeur, qui pouvant délivrer la Marchandiſe, (7) ne l'a pas fait; ou bien s'il n'a tenu qu'à l'Acheteur d'en prendre poſſeſſion. Dans les deux premiers cas, il n'y a point de doute que la perte ne ſoit pour le compte du Vendeur. Ainſi ſuppoſé, par exemple, (8) qu'ayant acheté d'un homme quelques Troupeaux qui paſſent loin

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. IV. Tit. III. *De dolo malo*, Leg. XVIII. §. 5. Lib. XXXV. Tit. II. *Ad Leg. Falcid.* Leg. XXX. §. 4. & L. XLV. Tit. I. *De verb. oblig.* Leg. XXIII. XXXIII. & LXXXIII. §. 7.

gle generale; auſſi-bien que dans celui des Loix XII. XIII. & XIV. du Titre *De periculo & commodo rei vend.* qu'on oppoſe encore ici. Voici le dernier. Un homme avoit acheté quelques bois de Lit; le Vendeur les laiſſe à la ruë, où un *Edile*, c'eſt à-dire, un Magiſtrat de Police, les fait mettre en piéces injuſtement. Le Juriſconſulte PAUL décide, que la perte eſt pour le compte du Vendeur, encore même qu'il n'y ait pas de ſa faute. Dans l'autre Loi, on ſuppoſe qu'une Terre venduë ait été confiſquée par Droit de Guerre, avant la delivrance, ſans que le Vendeur ſoit coupable de rien. Et AFRICANUS décide de la même maniere. Mr. NOODT fonde cette exception ſur ce qu'il s'agit d'une injure faite au Vendeur par l'*Edile*, ou par le Prince victorieux; laquelle, dit-il, doit raiſonnablement tomber ſur lui, & non pas ſur l'Acheteur; deſorte que la perte n'arrive point ici par un cas fatal. Mais pourquoi eſt-ce que l'effet d'une telle injure ſera moins regardé comme un cas fatal, que celui du *Larcin* ou de la *Rapine?* Et cependant les Juriſconſultes mettent ſur le compte de l'Acheteur la perte d'une choſe dérobée ou enlevée avant la délivrance, ſans la faute du Vendeur. Voyez DIGEST. Lib. XVIII. Lit. I. *De contrah. empt.* Leg. XXXV. §. 4. Il me ſemble qu'on peut beaucoup mieux prévoir & empêcher ces injures des Particuliers, que celles d'un Magiſtrat, ou celles qui ſont une ſuite de la Guerre. Et le Voleur qui ignore que la choſe qu'il vole ait eté venduë, ne veut pas plus faire une injure à l'Acheteur, que l'Edile, ou le Conquerant. D'ailleurs les Juriſconſultes eux-mêmes ſur d'autres ſujets, regardent comme une force majeure & un cas fatal, ce qui arrive par un effet de la Guerre: *ſi incurſus hoſtium fiat.* DIG. Lib. XIX. Tit. II. *Locati conducti*, Leg. XV. §. 2. J'avouë que je ne ſçaurois voir aucune raiſon ſolide de la différence. GUILLAUME RANCHIN, Diſciple de CUJAS, l'avouë de bonne foi, *Variar Lect.* Lib. III. Cap. XI.

(7) Les Juriſconſultes Romains diſent auſſi, qu'en ce cas-là le Vendeur eſt tenu des dommages & intérêts, c'eſt-à-dire, qu'il doit dédommager l'Acheteur de la perte que celui-ci a faite, ou du profit qu'il a manqué de faire par une ſuite naturelle & ordinaire du retardement. *Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt, agitur: hoc eſt, quod rem habere intereſt emptoris ..... Cùm per venditorem ſteterit quò minùs rem tradat, omnis utilitas emptoris in æſtimationem venit: quæ modò circa ipſam rem conſiſtit. Neque enim, ſi potuit ex vino (puta) negotiari, & lucrum facere, id æſtimandum eſt, non magis quàm ſi triticum emerit, & ob eam rem, quòd non ſit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici, non ſervorum fame necatorum, conſequitur.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. I. *De actionibus empti, & venditi*, Leg. I. *princ.* & XXI, 3.

(8) Quoique le tranſport du droit de Proprieté ne demande naturellemenr autre choſe que le conſentement des Parties, on peut convenir ou expreſſément, ou tacitement, que le Vendeur demeurera Proprietaire juſqu'à la délivrance. Or cette convention ſe préſume ici aiſément, lorſqu'il eſt impoſſible au Vendeur de remettre d'abord à l'Acheteur la choſe venduë; car comme alors il y a lieu de craindre mille accidens qui le mettent abſolument hors d'état de tenir parole, un Acheteur prudent n'aura garde de s'expoſer à donner ſon argent pour rien. Ainſi à moins qu'il ne paroiſſe manifeſtement, que le Vendeur s'eſt entierement dépouillé de ſon droit de Proprieté en faveur de l'Acheteur qui a témoigné vouloir l'acquerir; celui-ci eſt cenſé avoir laiſſé ſur le compte de l'autre les cas fortuits qui peuvent arriver dans ces entre-tems; au lieu que quand la choſe eſt préſente, & qu'il ne tient qu'au Vendeur de la délivrer, & à l'Acheteur de la recevoir, il n'y a aucune raiſon de croire que le Vendeur ait conſervé la Proprieté, à en juger par le ſeul Droit de Nature, à moins que l'engagement ne ſe réduiſe à une ſimple Convention de vendre, comme on peut concevoir que cela ſe fait ſouvent. Voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XII. §. 15. *Note* 5.

de l'endroit où nous avons conclu le marché, ils viennent à lui être enlevez par des Voleurs, ou par des Loups, ou à périr par quelque autre accident; ou qu'il néglige de me les livrer en ſon tems: je ne ſuis pas tenu de les lui payer. Mais ſi l'Acheteur eſt en demeure de retirer la choſe vendue, (9) il eſt juſte que la perte tombe ſur lui; car du moment que le Vendeur doit, ſelon le Contract, délivrer la Marchandiſe, & qu'il eſt prêt à le faire; la Proprieté, conſiderée comme un pouvoir Moral ou un ſimple droit, paſſe à l'Acheteur, enſorte que la choſe vendue lui appartient déſormais uniquement (c). Si donc le Vendeur garde encore chez lui la Marchandiſe par pure honnêteté & ſans s'y être engagé, (10) l'Acheteur auroit bien mauvaiſe grace de vouloir le rendre reſponſable même des cas fortuits. Que ſi l'Acheteur a expreſſément donné en garde la Marchandiſe au Vendeur, elle eſt cenſée demeurer entre les mains de celui-ci, non en qualité de Maître, mais en qualité de Dépoſitaire, qui par conſéquent ne répond pas des cas fortuits. En ce cas-là, la délivrance ſe fait par une fiction de (d) *main bréve;* mais d'une maniere toute oppoſée à celle que l'on conçoit dans la Donation d'une choſe que le Donataire avoit déja entre ſes mains ou par emprunt, ou à louage: car, au lieu qu'ici la choſe prêtée ou louée commence à appartenir à l'Emprunteur ou au Locataire en vertu de cette délivrance feinte, là au contraire la Marchandiſe, qui étoit au Vendeur, ceſſe de lui appartenir, enſorte que l'Acheteur en eſt déſormais le ſeul & véritable Proprietaire.

(c) Voyez ci-deſſus Liv. IV. Chap. IX. §. 5. *& ſuiv.*

(d) Voyez le §. 9. du même Chapitre.

Au reſte, les maximes que nous venons d'établir au ſujet de la perte arrivée avant la délivrance de la choſe venduë, doivent être appliquées au (11) profit ſurvenu dans cet intervalle.

Des *Conventions que l'on ajoûte* ſouvent au Contract de *Vente.*

§. IV. Le Contract de Vente eſt très-ſouvent modifié par divers Conventions qui y ſont ajoûtées ou du conſentement des Parties, ou en vertu des réglemens des Loix Civiles. Surquoi le Droit Naturel n'ordonne autre choſe, ſi ce n'eſt de tenir ponctuellement ce dont on eſt convenu, & de ſe conformer aux Loix de l'Etat dans lequel on vit, ſi l'on veut que le Contract ſoit valide en Juſtice.

1. Ainſi rien n'eſt plus ordinaire que de *vendre & d'acheter à crédit*, c'eſt-à-dire, à condition que la Marchandiſe ne ſera payée que dans un certain tems après la délivrance.

(9) En ce cas-là, les Juriſconſultes vont juſqu'à dire, que ſi quelqu'un a acheté du Vin à condition de venir le faire meſurer & le retirer dans un certain tems, le Vendeur peut après le terme expiré, répandre le Vin pour ſe ſervir de ſes Tonneaux, bien entendu qu'auparavant il ait fait avertir l'Acheteur. *Licet autem venditori vel effundere vinum, ſi diem ad metiendum præſtituit, nec intra diem admenſum eſt: effundere autem non ſtatim poterit, priùs quàm teſtando denunciet emptori, ut aut tollat vinum, aut ſciat futurum ut vinum effunderetur.* Digest. Lib. XVIII. Tit. VI. *De peric. & commodo rei venditæ*, Leg. I. §. 3. Il eſt vrai qu'on ajoûte, que le Vendeur ſera plus loüable de ne pas uſer de ſon droit, & de vendre le Vin le mieux qu'il pourra, ou de loüer d'autres Tonneaux pour ſon propre uſage, ſur le compte de l'Acheteur: *Si tamen cùm poſſet effundere, non effundit laudandus eſt potiùs.... commodiùs eſt autem conduci vaſa, nec reddi vinum, niſi, quanti conduxerit, ab emptore reddatur; aut vendere vinum bonâ fide, id eſt, quantum ſine ipſius incommodo fieri poteſt, operam dare, ut quàm minimo detrimento ſit ea res emptori.* Mais c'eſt-là ſans doute un de ces *Préceptes de Droit*, oppoſez aux *Régles* ou aux *Loix* proprement ainſi nommées, dont Mr. Noodt a traité dans ſon *Julius Paulus*, Cap. X. & XI. La permiſſion manifeſtement injuſte, n'eſt pas moins pleine & entiere dans les paroles précédentes: & on a critiqué avec raiſon Grotius, de ce qu'il met ce cas au nombre des choſes qui ſont abſolument bonnes & innocentes, quoiqu'il ſoit plus louable de s'en abſtenir: Liv. III. Chap. IV. §. 2. num. 1. Voyez J. Samuel. Strykii *Tract. de Jure Liciti ſed non honeſti*, Cap. 2. §. 89, *& ſeqq.* J'avois remarqué cet exemple des conſeils que les anciens Juriſconſultes donnoient contre la rigueur du Droit, avant que d'avoir vû les *Eurematica* du docte, & laborieux Mr. Brenkman, Cap. XII. §. 16. *num.* 14. & le Commentaire de Mr. Noodt ſur le Digeste, pag. 413, 414.

(10) L'Acheteur a d'autant moins ſujet de ſe plaindre, que ſouvent la choſe venduë auroit pû ſe conſerver, s'il l'eût retirée.

(11) Celui qui ſouffre la perte doit avoir le gain; c'eſt une maxime inconteſtable. Si un Fonds de terre, par exemple, étant vendu, l'alluvion y ajoûte quelque choſe, c'eſt pour le profit de l'Acheteur. *Sed & ſi poſt emptionem fundo aliquid per alluvionem acceſſerit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt.* Institut. Lib. III. Tit. XXIV. *De empt. & vendit.* §. 3.

2. On convient auſſi ſouvent, *que la délivrance ne ſe fera qu'au bout d'un certain tems,* (1) & que cependant la perte ou le profit demeurera au Vendeur, avec la Proprieté de la choſe.

3. On vend quelquefois une (2) choſe *à la charge que ſi dans un certain tems on en trouve d'avantage, il nous ſera permis de la vendre à un autre.* Cela peut ſe faire en deux (3) manieres, ou enſorte que la Vente ſoit conſommée; mais ſous condition qu'elle ſera réſolue, ſi quelque autre offre un plus haut prix: ou enſorte que le Contract ne ſoit accompli que quand la condition appoſée ne ſe vérifie pas par l'événement. Dans le premier cas, l'Acheteur acquiert la Proprieté de la choſe vendue: dans l'autre, le Vendeur demeure le Maître de ſa marchandiſe, juſqu'à ce que le Contract ſoit pleinement accompli.

4. Il y a ſouvent dans le Contract de Vente une (4) *Clauſe Commiſſoire*, par laquelle on convient, que ſi l'Acheteur ne paye pas dans le tems marqué, la Vente ſera (5) nulle. Et ici ou le Vendeur livre ſur le champ la Marchandiſe, à condition que ſi l'Acheteur ne le ſatisfait pas en ſon tems, il la lui rendra avec tous les fruits & les revenus qu'il en a tiré; ou bien il la garde juſqu'au terme convenu, & alors il n'eſt point tenu de la délivrer, quand l'Acheteur manque à ſa parole. Le dernier eſt infiniment plus ſûr (6) que l'autre; car ordinairement le Vendeur ajoûte cette clauſe, pour n'avoir pas beaucoup de peine à être payé. Or il lui ſeroit auſſi fâcheux d'être obligé d'arracher ſon bien des mains d'un mauvais Payeur.

5. Il n'eſt pas moins ordinaire de voir dans les Contracts de Vente une clauſe de (7)

§. IV. (1) *Sed ſi venditor ſe periculo ſubjecit, in id tempus periculum ſuſtinebit, quod ſe ſubjecit.* Digest. Lib. XVIII. Tit. VI. *De peric. & commod. rei vendit.* Leg. I. *princ.* Voyez auſſi Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. LXXVIII. §. ult. & là-deſſus Mr. Noodt, *Prob. Jur.* Lib. III. Cap. XI.

(2) C'eſt ce que les Juriſconſultes appellent, *Addictio in diem*, dont il eſt traité dans le Digeste, Lib. XVIII. Tit. II. En voici la définition. *In diem addictio ita fit:* Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat, Leg. I. *Ibid.*

(3) *Nam ſi quidem hoc actum eſt*, ut meliore allatâ conditione, diſcedatur, *erit pura emptio, quæ ſub conditione reſolvitur: ſin autem hoc eſt*, ut perficiatur emptio, niſi melior conditio adferatur, *erit emptio conditionalis.* Ibid. *Leg.* II. *Ubi autem conditionalis venditio eſt, negat* Pomponius, *uſucapere eum poſſe, nec fructus ad eum pertinere.* Leg. IV. princ. *Sed* [&] *ſi cui in diem addictus ſit fundus, antequam adjectio ſit facta, uti in rem actione poteſt; poſtea non poterit.* Lib. VI. Tit. I. *De Rei vindic.* Leg. XLI.

(4) *Lex Commiſſoria*, dont il eſt traité dans le Digeste, Lib. XVIII. Tit. III. Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, *ita accipitur* inemptus eſſe fundus, *ſi venditor inemptum eum eſſe velit, quia id venditoris cauſâ caveretur: nam ſi aliter acciperetur, exuſta villa in poteſtate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuiſſet. Nam legem commiſſoriam, quæ in venditionibus adjicitur, ſi volet, venditor exercebit: non etiam invitus..... Sed ſi fundus reveniſſet,* Aristo *exiſtimabat, venditori de his* [fructibus] *judicium in emptorem dandum eſſe: quia nihil penes eum reſidere oporteret ex re, in qua fidem fefelliſſet.* Leg. II. III. V. Ibid. Voyez le Commentaire de Mr. Noodt, page 399.

(5) C'eſt-à-dire, ſi le Vendeur le juge à propos: car c'eſt en ſa faveur que la clauſe eſt ajoûtée; autrement lorſque la choſe venduë ſous clauſe commiſſoire vient à périr entre les mains de l'Acheteur, il ne tiendroit qu'à lui de rendre la Vente nulle en ne payant pas, & de faire ainſi perdre au Vendeur & l'argent & la Marchandiſe. Voyez la Note précédente.

(6) Ou plûtôt on ne riſque rien ici; au lieu que de l'autre maniere on riſque beaucoup. Au reſte, ſelon le Droit Romain, lorſque la Vente eſt annullée par le défaut de payement, ſi l'Acheteur avoit donné des arrhes, ou une partie du prix, tout cela eſt perdu pour lui. Mais en ce cas-là, il garde les fruits ou revenus qu'il a tirez pendant le tems qu'il étoit Proprietaire de la choſe venduë. *Et id, quod arrhæ, vel alio nomine datum eſſet, apud Venditorem remanſurum.* Digest. *ubi ſuprà* Leg. VI. *princ. Ut interdum fructus* [emtor] *lucretur, quum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur ſententia* Neratii *tunc habet locum, quæ eſt humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.* Ibid. *Leg.* IV. §. 1. Comme ſur ce pié-là les fruits pouvoient être d'un côté, peu de choſe, en comparaiſon des arrhes ou de la partie du prix que le Vendeur avoit reçu de l'autre, beaucoup plus conſidérables, que ce que l'Acheteur avoit donné: divers Juriſconſultes ſe ſont fort tourmentez pour expliquer autrement ces Loix. En dernier lieu, feu Mr. Branchu, *Obſ.* VII. a voulu appuyer la penſée de feu Mr. Voet, qui ſuppoſoit ici une convention particuliere. Mais il n'avance que des conjectures en l'air. Mr. Noodt, dans ſon Commentaire, *page 399.* n'a eu garde de s'éloigner de l'interprétation commune qui ſe préſente d'abord à l'eſprit, & il ne s'embarraſſe point des objections.

(7) *Retractus* ou *Pactum de retrovendendo*; comme

*Retrait*, appoſée ou par les Contractans mêmes, ou par les Loix Civiles à l'égard de certains biens: ce qui ſe fait en diverſes manieres. Quelquefois (8) on convient que le Vendeur, ou ſes Heritiers, pourront recouvrer la choſe vendue, en rendant à l'Acheteur le prix ou dans un certain tems, ou toutes les fois que bon leur ſemblera. A l'égard du tems, il eſt limité ou comme un terme d'où l'on commencera à avoir la faculté de Rachat; ou comme un terme au-delà duquel on ne l'aura plus. Surquoi il faut remarquer, que comme la faculté de Rachat en elle-même a été établie pour l'avantage du Vendeur, qui ſe trouve quelquefois réduit (a) par une néceſſité preſſante à aliener des biens dont il ne voudroit pas ſe dépouiller pour toûjours; le terme que l'on preſcrit à ce droit eſt limité au contraire en faveur de l'Acheteur, dont l'intérêt demande qu'il ne ſoit pas obligé de rendre en trop peu de tems la choſe vendue, & qu'il puiſſe quelque jour être aſſuré d'en avoir la poſſeſſion perpetuelle & irrévocable. Quelquefois auſſi lorſqu'on achete pour faire plaiſir au Vendeur, on ſtipule que l'on pourra (b) ou dans un certain tems (9), ou toutes les fois que l'on voudra, rendre la choſe vendue & redemander l'argent qu'on en a doñné. Il y a une autre ſorte de *Retrait* moins onéreux, que l'on appelle *droit de* (c) *Préférence;* c'eſt lorſque l'on ajoûte pour clauſe à un Contract de Vente, qu'au cas que l'Acheteur veuille de ſon pur mouvement revendre la choſe qu'il a achetée, (10) celui qui la lui a vendue ſera préferé, pourvû qu'il la paye ſur le pié de ce qu'un autre en donneroit. En pluſieurs Païs même les Loix accordent ce benefice à certaines perſonnes; par exemple, aux *Proprietaires directs*, (11) à l'égard du Fonds qu'ils avoient baillé à *emphytéoſe;* aux Créanciers, par rapport aux biens (12) de leur Débiteur qui ſont vendus à l'encan; au Maître d'un Héritage, (13) à l'égard du Fonds voiſin; (14) à ceux qui ont part à une choſe

(a) Voyez *Jul. Capitolin. in Marc. Antonino*, Cap. XVII. & la Vie de *Marc-Antonin*, par Mr. & Mme. *Dacier*, pag. 58. *Edit. d'Utrecht.*

(b) Voyez *Tit. Liv.* Lib. XXXI. Cap. XIII.

(c) Jus προτιμήσεως.

parlent les Juriſconſultes. L'Auteur dit ici, *Pactum de retrovertendo.* Le mot de *Retractus* a été fait du verbe *retrahere*, qui, chez les Juriſconſultes Romains, ſignifie *retirer, reprendre ce qui avoit été aliené.* Voyez DIGEST. Lib. L. Tit. VIII. *De adminiſtr. rer. ad Civit. pertinentium*, Leg. IX. §. 2. & JACOB. CURTIUS, *Conjectur. Jur. Civ.* Lib. II. Cap. XV. La faculté de Rachat, accordée par les Loix, s'appelle *Retrait Légal;* & celle qui eſt un effet du libre conſentement des Parties, *Retrait Conventionel.* On prétend que le dernier a beaucoup de rapport avec le Contract de *Gage.* Voyez là-deſſus une Diſſertation de Mr. THOMASIUS, intitulée: *De uſu practico accurratæ diſtinctionis inter emptionem cum pacto de Retrovendendo, & Contractum Pignoratitium.* Elle eſt imprimée à *Hall* en 1707.

(8) *Si fundum parentes tui eâ lege vendiderunt.* Ut ſive ipſi, ſive heredes eorum emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur; *teque parato ſatisfacere conditioni dictæ, heres emptoris non paret, ut contractus fides ſervetur, actio præſcriptis verbis, ex vendito tibi dabitur.* COD. Lib. IV. Tit. LIV. *De pactis inter emptorem & venditorem compoſitis*, Leg. II. Voyez, ſur cette Loi, Mr. NOODT, *de Pactis*, Cap. XI. où il explique les diſputes & les ſubtilitez des Juriſconſultes, touchant l'action qu'on avoit en Juſtice pour une telle convention. Conferez auſſi STRUVIUS, *Syntagm. Jur. Civ.* Exerc. XXIII. §. 43. d'où notre Auteur a tiré ce qu'il dit enſuite, de la limitation du tems.

(9) *Si convenit*, ut res, quæ venit, ſi intra certum tempus diſplicuiſſet, redderetur, *ex empto actio eſt*, &c. DIGEST. Lib. XVIII. Tit. V. *De reſcindenda vendit.* &c. Leg. VI. Voyez auſſi Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. III. & Lib. XXI. Tit. I. *De Ædilitio Edicto*, &c. Leg. XXXI. §. 22.

(10) *Qui fundum vendidit, ut eum certâ mercede conductum ipſe habeat; vel*, ſi vendat, non alii; ſed ſibi diſtrahat; *vel ſimile aliquid paciſcatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. LXXV.

(11) *Et ſi quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præſtare quantitatem, quantam ipſe revera emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſum dominum omnimodo hæc comparare.* COD. Lib. IV. Tit. LXVI. *De Jure emphyt.* Leg. III.

(12) En ce cas-là, celui des Créanciers à qui il étoit le plus dû, paſſoit devant, ſelon les Loix Romaines, & toutes choſes d'ailleurs égales, les Parens étoient preferez. *Cùm bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & ejus qui creditor cognatuſve ſit, potior habetur creditor cognatuſve; magis tamen creditor, quàm cognatus; & inter creditores potior is, cui major pecunia debebitur.* DIGEST. Lib. XVI. Voyez Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. LX.

(13) Voyez la *Novelle* Gréque de ROMAIN dit *Lacapene*, dont on trouve l'abregé, *Feud.* Lib. V. Tit. XV. où CUJAS rapporte l'Original Grec. Joignez-y ce qu'on en trouvera dans HARMENOPULE, Lib. III. Tit. III. *num.* 118. *& ſeqq.* Par une Loi du CODE, les Habitans d'un Bourg principal ne pouvoient vendre leurs Héritages qu'à quelque autre du même Bourg. *Lib.* XI. Tit. LV. *Non licere habitatoribus metrocomiæ, loca ſua ad extraneum transferre.* Voyez là-deſſus CUJAS.

(14) Comme aux Cohéritiers, aux Aſſociez, à ceux qui ſont Donataires en commun de quelque choſe, &c. Voyez encore ici la *Novelle* de ROMAIN *Lacapene*,

commune, de quelque maniere que ce ſoit, pour ce qui regarde la portion des autres; aux Parens, en matiere des biens d'un Parent (15), & cette derniere ſorte de *droit de Préférence* s'appelle *Retrait* (d) *lignager*. On ſçait auſſi que par la Loi Divine de (e) MOISE (16), non ſeulement les plus proches Parens pouvoient racheter ce qu'un homme, réduit à la néceſſité, avoit été obligé de vendre; mais encore toutes les Poſſeſſions qui avoient été vendues retournoient à leurs anciens Maîtres dans l'année du Jubilé. La raiſon (17) de ce dernier établiſſement étoit fondée ſur la conſtitution de la République Judaïque, où il falloit entretenir la liberté, & par conſéquent une juſte égalité entre les Citoyens. Or le meilleur moyen pour y réüſſir, c'eſt d'empêcher que quelques Particuliers n'attirent à eux inſenſiblement toutes les Terres, qui ſont le principal fondement & la ſource des Richeſſes, de-peur qu'après avoir dépouillé les autres de leurs patrimoines, ils ne les tiennent ſous leur dépendance; ce qui eſt un acheminement à la domination d'un petit nombre de perſonnes, & par conſéquent à la tyrannie (18).

(d) *Retractus gentilitius.*

(e) Voyez *Levitique* XXV, 13. *& ſuiv.* & là-deſſus le Comment. de Mr. *Le Clerc.*

6. Il arrive auſſi ſouvent, qu'en vendant un Héritage, on s'en reſerve une petite partie, ou du moins un certain uſage. C'eſt ainſi qu'autrefois (f) les Prodigues s'aſſuroient ordinairement le droit d'avoir un Sépulchre dans quelqu'une de leurs Terres dont ils ſe défaiſoient. *Ménius* (g) vendant ſa Maiſon aux Cenſeurs *Caton* & *Flaccus*, qui en vouloient faire un Hôtel de ville, ſe réſerva pour lui & pour ſes Deſcendans, une Colomne à appuyer un Balcon, d'où l'on pût voir les combats des Gladiateurs.

(f) Voyez les Commentat. ſur *Virg. Eclog.* III. 104. 105.

(g) De-là vient le mot Latin *Meniana*. Voyez *Aſconius Pedianus*, in Cicer. *Divin. in Q. Cæcil.* Cap. XVI. pag. 328. *Edit. Græv.*

7. Enfin, on vend quelquefois une choſe pour un certain tems, au bout duquel elle retourne au Vendeur, ſans qu'il ſoit obligé de rendre l'argent que l'Acheteur lui en a donné; c'eſt ainſi qu'en *Angleterre* les gens de qualité vendent, par exemple, pour trente ou trente-cinq ans la Place d'un Fonds, enſorte que celui qui l'achete peut y bâtir de la maniere dont ils ſont convenus enſemble: Contract qui approche du bail d'*Emphytéoſe*.

*Engagemens* réciproques de l'*Acheteur* & du *Vendeur.*

§. V. CES ſortes de clauſes ajoûtées au Contract de Vente, & la nature même du Contract, nous font aiſément connoître quels ſont les *engagemens réciproques de l'Acheteur, & du Vendeur.*

L'Acheteur doit payer le prix dont il eſt demeuré d'accord, au tems marqué, & en

confirmée par l'Empereur FRIDERIC, FEUDOR. Lib. V. Tit. XIV. *& ſeqq.*

(15) Voyez la Loi citée ci-deſſus, dans la *Note* 12. de ce paragraphe. Selon l'ancien Droit Romain, cela n'avoit pas lieu generalement, non-plus qu'à l'égard de ceux qui ſont Coproprietaires d'une choſe commune par indivis. Sous les Empereurs Chrétiens, on commença à établir quelque choſe là-deſſus, & JAQUES GODEFROI croit, avec aſſez de probabilité, que ce fut CONSTANTIN *le Grand*. Mais GRATIEN, VALENTINIEN, & THEODORE, caſſerent cette Conſtitution, & rendirent au Vendeur ſon ancienne Liberté, COD. THEOD. Lib. III. Tit. I. *De Contrah. Empr.* Leg. VI. qui eſt la Loi XIV. du même Titre dans le CODE JUSTINIEN. Cela dura juſqu'à l'Empereur ROMAIN *Lacapene*, dont nous avons cité pluſieurs fois la Conſtitution. Voyez le docte Commentateur du CODE THEODOSIEN, Tome I. page. 247. *& ſeqq.*

(16) C'eſt ici qu'il falloit placer ce que l'Auteur dit ſur cette Loi de MOÏSE, qui, dans l'Original, ſe trouve après l'*à linea* ſuivant de ma Traduction.

(17) Car, diſoit l'Auteur plus bas, en forme de parentheſe, je n'approuve pas la raiſon qu'en allegue GROTIUS, ſur le verſ. 29. *qu'il eſt plus facile de trouver où loger, que d'avoir de quoi ſubſiſter.* Mais GROTIUS explique là ſeulement pourquoi on pouvoit vendre à perpetuité une Maiſon de Ville, & non pas une Maiſon de Campagne.

(18) C'eſt pour cette raiſon, ajoûtoit l'Auteur, que *Lycurgue* perſuada à tous les Citoyens de *Sparte* de remettre leurs terres en commun, & d'en faire un nouveau partage, afin de vivre enſemble dans une parfaite égalité; après quoi il défendit à chacun d'aliéner ſon Héritage, de le diminuer, & de l'augmenter en aucune maniere. Voyez PLUTARQUE dans la Vie de ce Légiſlateur, & HERACLID. *de Politiis.* Au reſte, notre Auteur rapportoit ici la Vente en gros & en bloc, *per averſionem*, comme parlent les Juriſconſultes. Mais, outre qu'il en dit un mot au commencement du §. 6. on voit bien qu'elle étoit très-mal placée dans cet endroit, où il s'agit, non des diverſes ſortes de Vente, mais ſeulement des clauſes ou conditions ajoûtées au Contract de Vente, ſoit qu'il ſe faſſe en gros, où en détail. J'ai donc hardiment retranché cette petite période, également ſuperflue & propre à faire confondre des idées differentes.

ſorte qu'il donne (1) de ſon argent, & non pas de l'argent d'autrui. Que s'il a payé de l'argent d'autrui, & que celui à qui il appartient vienne à le revendiquer, il faut qu'il en donne d'autre, & qu'il dédommage le Vendeur de la perte que cela lui a cauſé.

Le Vendeur de ſon côté, doit (2) délivrer au tems marqué la choſe achetée, avec toutes les qualitez requiſes ou par la nature même du Contract, ou en vertu d'une Convention particuliere des Contractans (3). Deſorte que ſi après la Vente accomplie, il vient à ſe repentir de ſon marché, quand même il offriroit de rendre l'argent, avec les dommages & intérêts, (4) l'Acheteur n'eſt point tenu d'accepter, malgré lui,

§. V. (1) *Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. I. *De actionibus empti & venditi*, Leg. XI §. 2. Voyez COD. Lib. IV. Tit. XLIX. Leg. VII. Ici on met de la différence entre la *choſe venduë*, & le *prix*; parceque l'Acheteur n'a pas promis telles ou telles eſpeces; au lieu que le Vendeur a promis une certaine choſe déterminée, qu'il ne peut ni remplacer par une autre équivalente, ni remettre que telle qu'il la poſſede. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT page 420. Au reſte, faute de payer au terme, l'Acheteur doit dès-lors l'intérêt des deniers. *Ex vendito actio venditori competit ad ea conſequenda, quæ ei ab emptore præſtari oportet. Veniunt autem in hoc judicium infra ſcripta: Imprimis pretium, quanti res venit; item uſuræ pretii poſt diem traditionis; nam cùm re emptor fruatur, æquiſſimum eſt eum uſuras pretii pendere.* DIGEST. *ubi ſuprà*, Leg. XIII. §. 19, 20. Voyez le Traité de Mr. NOODT, *De Fœnore & Uſuris*, Lib. III. Cap. VI. & X.

(2) Les Interprétes du Droit Romain ne s'accordent pas ici: car les uns croyent qu'il faut abſolument délivrer la choſe même, ſi elle eſt encore en notre puiſſance; mais les autres prétendent, que ſi on ne veut pas la remettre à l'Acheteur, on en eſt quitte pour lui payer les dommages & intérêts. Mr. THOMASIUS a pris tâche de ſoûtenir le premier ſentiment, & dans la Diſſertation ſi ſouvent citée *De Pretio affectionis in res fungib. non cadente*, & dans une autre Diſſertation publiée en 1721. *An Promiſſor facti liberetur, præſtando id quod intereſt.* Mais j'avouë qu'il ne me paroît pas avoir détruit les fondemens de l'opinion contraire, que l'on peut voir fortement établis par deux grands Juriſconſultes Modernes, Mr. NOODT, *Comm. in Digeſt.* page 419, 420. & Mr. SCHULTING, *Not. in Juriſprud. Ante-Juſtinian.* page 247, 248. Toutes choſes d'ailleurs égales, cette opinion auroit toûjours un grand avantage ſur l'autre, en ce qu'elle convient merveilleuſement bien au génie & aux idées des anciens *Romains.* On ſçait juſqu'où ils portoient l'amour de la Liberté. La moindre choſe qui paroiſſoit y donner atteinte, leur étoit inſupportable. Il eſt naturel qu'ils ayent regardé comme quelque choſe qui ſentoit l'Eſclavage, de pouvoir être contraints à délivrer une choſe, promiſe à la verité; mais qui, ſelon leurs principes, leur appartenoit encore. Et faut-il s'en étonner, quand on penſe qu'un Citoyen Romain, quelque Crime qu'il eût commis, ne pouvoit être ni mis à mort, ni banni; enſorte que, pour arrêter les funeſtes effets de la licence en laquelle cette liberté dégeneroit, on fut obligé d'avoir recours à des fictions & des expédiens qui paroiſſent ridicules, à conſiderer les choſes indépendamment des obſtacles qu'oppoſoit au bien de l'ordre l'entêtement prodigieux pour un droit pouſſé juſqu'à l'injuſtice? Voyez ci-deſſous, *Liv.* VIII. *Chap.* XI. §. 7. Note 2, & les *Probabil. Juris* de Mr. NOODT, Lib. III. Cap. XII. On crut donc, dans le cas dont il s'agit, faire aſſez pour l'Acheteur fruſtré de la choſe ſur laquelle il avoit compté, de lui procurer un dédommagement raiſonnable. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT, page 291. Mr. VANECK, qui eſt de même ſentiment, remarque, dans ſes *principia Jur. Civilis*, ſur le Titre *De actionibus Empti & Venditi*, §. 9. que ceci ne devoit pas donner grande occupation aux Juges ou aux Juriſconſultes; parceque, les dommages & intérêts pouvant ſurpaſſer & ſurpaſſant de beaucoup pour l'ordinaire la valeur de la choſe même, il arrive difficilement qu'on veuille retenir à ce prix-là ce que l'on avoit vendu. A la verité, il eſt contre le but naturel de tous les Contracts, & contre la ſimplicité du Droit de Nature, de laiſſer au Vendeur le choix ou de livrer la marchandiſe, ou de payer les dommages & intérêts. Mais quand on n'auroit pas une raiſon auſſi plauſible que celle qui vient d'être alleguée, du privilege de cette alternative; ce ne ſeroit pas la ſeule choſe en quoi les anciens Juriſconſultes ſe ſont éloignez des véritables principes de l'Equité.

(3) *Ex empto actione is, qui emit, utitur. Et imprimis ſciendum eſt, in hoc judicio id demum deduci, quod præſtari convenit. Cùm enim ſit bonæ fidei judicium*, nihil magis bonæ fidei convenit, quam id præſtari, quod inter contrahentes actum eſt: *Quod ſi nihil convenit, tunc ea præſtabuntur, quæ naturaliter inſunt hujus judicii poteſtate. Et imprimis ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt tradere: quæ res, ſi quidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: ſi non facit, tantum evictionis nomine venditorem obligat; ſi modo pretium eſt numeratum, aut eo nomine ſatisfactum.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. I. §. 1, 2.

(4) D'autre côté, l'Acheteur ne peut pas non-plus, ſi le Vendeur n'y conſent, ſe diſpenſer de prendre la choſe vendue, & de la payer. Ce conſentement des deux Parties eſt ſi fort néceſſaire par le Droit Romain, que quand on voudroit rendre le double du prix, & quand même on auroit obtenu un Reſcript de l'Empereur, l'autre Contractant ne pourroit pas être obligé malgré lui à renoncer au Contract; & ni le Fiſc, ni les Gens de Guerre, n'ont ici aucun privilége. *De contractu venditionis & emptionis jure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur: nec ex Reſcripto noſtro: Quo jure Fiſcum noſtrum uti, ſæpe conſtitutum eſt. . . . Quamvis enim duplum offeras pretium emptori; tamen invitus ad reſcindendam venditionem urgeri non debet.* COD. Lib. IV. Tit. XLIV. *De reſcind. vendit.* Leg. III. & VI. Voyez la Loi VII. qui eſt un Reſcript adreſſé *AA. Muracolo, & aliis Militibus*; & le Commentaire de Mr. NOODT ſur le DIGESTE page 420. Mais, comme on donne quelquefois des *Arrhes* (circonſtances que l'Auteur ne devoit pas oublier), il eſt bon de ſçavoir quel effet elles produiſent. Mr.

cette propoſition ; mais il peut toûjours contraindre le Vendeur à lui délivrer la Marchandiſe, à moins qu'il n'y ait quelque raiſon d'Humanité qui l'engage à relâcher de ſon droit. Nous avons déja traité du cas où le Vendeur eſt dans l'impuiſſance de délivrer la choſe ſans qu'il y ait de ſa faute. Mais lorſqu'il y a de ſa part de la mauvaiſe foi ou de la négligence, il doit rendre l'argent qu'il a reçu de l'Acheteur, & lui payer encore les dommages & intérêts (5). Que ſi une même choſe a été venduë à deux perſonnes, le premier avec qui le marché a été conclu, doit ſans contredit être préferé lorſque la choſe n'a encore été délivrée ni a l'un ni à l'autre ; & à plus forte raiſon, lorſqu'il en a été déja mis en poſſeſſion : ſauf au dernier Acheteur d'exiger du Vendeur un dédommagement de ce qu'il perd pour avoir compté ſur un Contract illuſoire. Mais ſi la choſe a été délivrée au dernier Acheteur, il eſt clair, ſelon les (6) principes du

Droit

THOMASIUS a publié là-deſſus une Diſſertation, en 1702. que j'ai deja citée plus d'une fois, & qui ſe réduit à ceci en general. C'eſt, dit-il, l'ACHETEUR ſeul qui donne ordinairement des Arrhes, & elles ſont en même tems une preuve de l'accompliſſement du Contract, & une ſureté pour l'execution des engagemens où l'on eſt entré. Au dernier égard, ou elles tiennent lieu de peine impoſée en cas de retardement, ſoit au Vendeur qui ne délivre pas la Marchandiſe en ſon tems, ou à l'Acheteur qui ne paye pas autrement, enſorte que l'un perd ce qu'il a donné & l'autre rend le double, ſans être pour cela moins obligez de tenir le Contract ; ou bien elles laiſſent la liberté de ſe dédire, enſorte qu'on eſt quitte de tout en les perdant ; & c'eſt ce que l'on préſume dans un doute, ou lorſque les Parties n'en ſont pas autrement convenuës. Que ſi l'on rompt la Vente d'un commun accord, celui qui avoit reçu des Arrhes eſt obligé à les rendre. Mais ſi de part & d'autre on execute ce à quoi l'on s'eſt engagé, il faut auſſi ou rendre les Arrhes, ou les déduire du payement. Mr. THOMASIUS poſe en fait, qu'on ne donne jamais des Arrhes, ſans que le marché ſoit conclu & le Contract accompli. Mais j'ai prouvé, ce me ſemble, par d'aſſez bonnes raiſons, qu'il peut y avoir une Convention de vendre qui ait quelque effet bien réel. Voyez ci-deſſus, §. 2. *Note* 3. & l'endroit de mes Notes ſur GROTIUS, auquel je renvoye là. Du reſte il eſt aſſez difficile d'établir ici des régles generales. C'eſt par les circonſtances, & ſurtout par l'uſage, qu'il faut juger de l'intention de ceux qui donnent ou qui reçoivent des Arrhes. Je ne ſaurois nonplus convenir avec Mr. THOMASIUS, que ſes idées s'accordent avec les principes du Droit Romain. Il veut que lors même que le Contract de Vente eſt accompli, on puiſſe ſe dédire en perdant les Arrhes, ou rendant le double de celles qu'on avoit reçuës. Mais cela n'a lieu ni par l'ancien Droit, ni par le nouveau, que JUSTINIEN établit ici. Cet Empereur ordonna ſeulement, que toutes les Ventes qui ſe feroient par un acte écrit, feroient regardez comme imparfaites, & comme une ſimple Convention touchant un Contract de Vente à venir, tant que l'Acte ne ſeroit pas mis au net, ſigné des Parties ou du Notaire, & acheté dans toutes les formes, enſorte qu'avant cela l'Acheteur ou le Vendeur pourroient ſe dédire ; le premier en perdant les Arrhes, l'autre en donnant le double. Il eſt vrai que la maniere embarraſſée dont TRIBONIEN s'exprime, à ſon ordinaire, donne ici occaſion de ſe tromper : car voici conme il parle dans les INSTITUTES : *Ita tamen impune eis* [emptori & venditori] *recedere concedimus, niſi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim ſubſequuto, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis, venditio celebrata eſt, is qui recuſat adimplere contractum, ſi quidem eſt emptor, perdit quod dedit : ſi verè venditor, duplum reſtituere compellitur, licet ſuper arrhis nihil expreſſum ſit.* Lib. III. Tit. XXIV. De Empt. & Vend. *princip.* Mais il faut expliquer ces mots, *Venditio celebrata eſt*, qui ſemblent dire que le Contract eſt accompli par la Conſtitution originaire qui ſe trouve dans le CODE, où l'on parle plus clairement : *Illud etiam adjicientes, ut in poſterum ſi quæ arrhæ ſuper* FACIENDA EMPTIONE *cujuſcumque rei datæ ſunt, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis : licet non ſit ſpecialiter adjectum, quid ſuper iiſdem arrhis, non* PROCEDENTE CONTRACTU, *fieri oporteat ; tamen & qui* VENDERE POLLICITUS EST, *venditionem recuſans, in duplum eos reddere cogatur, & qui* EMERE PACTUS EST, *ab emptione recedens, datis à ſe arrhis cadat, repetitione earum denegandâ.* Lib. IV. Tit. XXI. *de fide inſtrumentor.* Leg. XVII. Il n'y a pas moyen d'éluder ici en bonne critique, la force des termes qui marquent une ſimple convention de vendre ou d'acheter. Du reſte, JUSTINIEN laiſſe les choſes ſur le pied qu'elles étoient lorſque le Contract de Vente eſt accompli. Ici les Arrhes ſont une preuve de l'accompliſſement du contract, & comme un gage de ſon exécution, ou une partie du prix. Quand l'Acheteur a payé, il peut ſe faire rendre les Arrhes, à moins qu'on n'en ſoit autrement convenu. Que s'il ne paye pas, le Vendeur a action contre lui pour l'y contraindre & alors il eſt lui-même obligé à tenir compte des Arrhes ſur le payement, ou à les rendre, s'il ne l'a pas fait. D'autre côté, quand le Vendeur n'a pas délivré la Marchandiſe, il n'eſt point tenu de rendre le double des Arrhes ; il peut ſeulement être condamné aux dommages & intérêts envers l'Acheteur, qui doit lui rendre les Arrhes, s'il en avoit reçu quelqu'une. Voyez ſur tout ceci, Mr. NOODT, *Comment. in* DIGEST. page 387, 406, 407.

(5) *Nec videtur abeſſe* [dolus malus] *ſi per eum factum eſt, aut fiet, quo minus fundum emptor poſſideat. Erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam poſſeſſionem tradat ; cum multis modis accidere poterit, ne tradere poſſit, ſed ut. . . . dolus malus ejus æſtimaretur.* DIG. Lib. XVIII. Tit. I. *De contr. empt.* Leg. 68. §. 2.

(6) *Quotiens duobus in ſolidum prædium jure diſtrahitur : manifeſti juris eſt eum, cui priori traditum eſt, ne detinendo dominio eſſe potiorem.* COD. Lib. III. Tit. XXXII. *De rei vindicatione*, Leg. XV. Voyez DIGEST. Lib. VI. Tit. II. *De Publicana in rem actione*, Leg. IX. §. 4.

(7) Mais

Droit Civil, qu'il doit être préferé au premier en datte, parcequ'il a reçu la choſe du Maître, & cela à juſte titre: deſorte que le premier Acheteur n'a contre l'autre, ni action réelle, puiſqu'il n'étoit point encore Maître de la choſe; ni action perſonnelle, puiſqu'ils n'ont point traité enſemble ſur cette affaire. Le Vendeur ne peut pas non-plus, ſous aucun prétexte, ſe faire rendre ce dont il s'eſt deſſaiſi en vertu du ſecond Contract. GROTIUS (a) prétend, que par le Droit même Naturel le dernier Acheteur à qui la Marchandiſe eſt déja délivrée, doit être préferé, au premier en datte, *parce*, dit-il, *que le tranſport préſent de Proprieté*, ou la délivrance, *ôte au Vendeur tout le pouvoir moral qu'il avoit ſur la choſe, & le transfere à l'Acheteur; ce qui ne ſe fait pas par une ſimple Promeſſe.* Mais outre qu'une ſimple Promeſſe de vendre n'eſt pas certainement une Vente, je ne ſçai ſi GROTIUS s'accorde bien ici avec lui-même (7). Il venoit de (b) dire, *que la Proprieté peut être transférée au moment même du Contract, avant la délivrance de la choſe vendue.* Donc après une telle Vente conclue, il ne reſte au Vendeur d'autre pouvoir moral ſur la choſe venduë, que celui de faire enſorte que l'Acheteur puiſſe en prendre poſſeſſion. Par conſéquent ſi le Vendeur en diſpoſe autrement, ce ſera ſans aucun droit, & par un acte nul, qui ne ſauroit tourner au préjudice de celui qui le premier avoit acquis un plein droit ſur cette choſe. Cela poſé, il y a grand ſujet de douter ſi le privilege de la poſſeſſion d'une choſe délivrée ſans aucun droit, doit toûjours donner la préférence au dernier Acheteur, au préjudice du premier.

(a) *Liv. II. Chap. XII.* §. 15. *num.* 4. Voyez auſſi *Chap. XV.* §. 13. *num.* 7.

(b) *Ibid.* num. 1.

Au reſte, le droit qu'on a ſur une choſe ne ſe perdant pas par la perte ſeule de la poſſeſſion, & chacun pouvant ſe trouver de bonne foi en poſſeſſion du bien d'autrui; lorſqu'on vend à quelqu'un ce qui ne lui appartient pas véritablement, on ne diminue rien par-là des droits du légitime Proprietaire, quoiqu'inconnus, puis (8) que l'on ne ſauroit transférer à autrui plus de droit qu'on n'en a ſoi-même. Ainſi, quelque intention qu'ait l'Acheteur d'acquérir la Proprieté de ce qu'il achete; cependant, comme ſouvent on vend ou ſans le ſçavoir, ou le ſçachant bien, une choſe qui appartient à autrui, le Maître peut prendre ſon bien où il le trouve, ſauf à l'Acheteur d'avoir ſon recours contre le Vendeur, (c) qui eſt (9) obligé à la garantie, & qui, en tranſportant la poſſeſſion à l'Acheteur, n'a pû lui conférer que le droit d'acquérir la choſe vendue (10) après le terme de la Preſcription expiré.

(c) Voyez *Plaut. in Perſa*, Act. IV. Scen. IV.

De diverſes ſortes particulieres de *Vente*, *où il entre du hazard.*

§. VI. IL y a une ſorte particuliere de Vente, qui conſiſte à vendre non pas une certaine choſe déterminée, mais ſeulement une *eſpérance probable*, à laquelle les Contractans mettent un certain prix; deſorte qu'encore que ce qui provient enſuite ſe trouve valoir beaucoup plus, (a) ou beaucoup moins (1), il n'y a rien de vicieux pour cela

(a) Voyez pourtant *Plin.* Lib. VIII. Ep. II.

(7) Mais notre Auteur n'a pas entendu ici la penſée de GROTIUS. Voyez ce que j'ai dit là-deſſus, & ſur la queſtion en elle-même, dans l'endroit cité en marge, *Note* 6.

(8) Traditio *nihil amplius transferre debet vel poteſt ad eum, qui accipit, quàm eſt apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: ſi non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. I. *De adquir. rerum domin.* Leg. XX. *princip.*

(9) *Sive tota res evincatur, ſive pars, habet regreſſum emptor in venditorem.* DIGEST. Lib. XXI. Tit. II. *De evictionibus*, &c. Voyez le reſte de ce Titre, & ce que j'ai dit ci-deſſus, *Livre* IV. *Chap.* XIII. §. 13. *Note* 1.

(10) Soit que le Vendeur poſſede de bonne foi, ou non, le bien d'autrui, pourvû que l'Acheteur l'ignore; celui-ci peut, quand le Vendeur croit la choſe ſienne, & l'a acquiſe à juſte titre, joindre le tems que l'un & l'autre l'ont poſſedée, pour achever la Preſcription *Emptori tempus Venditoris ad uſucapionem prodeſt.* DIGEST. Lib. XLI. Tit. IV. *Pro emptore*, Leg. II. §. 20. *Et puto, neque nocere, neque prodeſſe* [ mihi vitium auctoris mei, qui juſtum initium poſſidendi non habuit ] *nam denique & uſucapere poſſum, quod auctor meus uſucapere non potuit.* Lib. XLIV. Tit. III. *De diverſis temporal. Præſcript. &c.* Leg. V. *princip.*

§. VI. (1) Et quand même il ne proviendroit rien du tout; *Aliquando tamen &* ſine re *venditio intelligitur: veluti cùm quaſi alea emitur; quod fit cùm captus piſcium,*

dans le Contract. La même choſe a lieu & dans les (b) *Encans ;* & dans les (2) *Ventes en bloc*, ou *en gros :* car dans tout ceci il entre quelque hazard. Le Droit Romain fournit pluſieurs exemples de l'*Achat d'une eſpérance incertaine*, comme quand on achete la chaſſe que fera un (3) Chaſſeur, ou la pêche d'un Pêcheur. C'eſt ce qui donna occaſion à une diſpute fameuſe dont l'Hiſtoire Ancienne nous a conſervé la mémoire. Quelques hommes de (c) *Milet*, étant à *Cos*, acheterent un jour des Pêcheurs de l'Iſle un coup de Filet avant qu'il fût tiré. Le Filet hors de l'eau, on y trouva un Trépié d'or, qu'*Heléne*, revenant de *Troye*, avoit jetté dans ce même endroit, pour accomplir un ancien Oracle. Là-deſſus il y eut une grande conteſtation entre les Pêcheurs & ces Etrangers. Ceux-ci prétendoient que le Trépié leur appartenoit par les Loix du Contract, puiſqu'ils avoient acheté tout ce qui ſeroit pêché, ou le hazard d'un coup de Filet. A quoi les Pêcheurs répondoient, & avec raiſon, que le Contract regardoit uniquement les Poiſſons qui pourroient ſe trouver pris. En effet, toute Convention doit être interpretée ſelon ce que demande l'eſprit & l'intention des Contractans. Or aſſurément ni les Pêcheurs, ni les Etrangers, n'avoient penſé en aucune maniere au Trépié d'Or, ni à rien autre de tel. En vain objecteroit-on, qu'il entroit du hazard là-dedans ; car ce hazard regardoit uniquement la quantité des Poiſſons, & il ne s'étendoit pas à toute autre ſorte de choſes qu'un cas extraordinaire pouvoit faire rencontrer dans le Filet. Ainſi il falloit juger de ce Trépié comme d'un Tréſor qui auroit été trouvé. Pour la déciſion de l'Oracle, qui adjugeoit ce Trépié *au plus Sage*, elle ſent manifeſtement (4) l'avarice artificieuſe des Prêtres, qui voulurent par ce moyen attraper une ſi belle proye : car ils voyoient bien qu'il ne ſe trouveroit point d'homme aſſez fou pour ſe reconnoître digne de cet éloge magnifique du plus ſage des Mortels (d).

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XXXIX. Tit. IV. *De Publicanis*, &c. Leg. IX. *princip.* & *Sueton.* in *Auguſt.* Cap. LXXV. au ſujet d'une eſpece d'Encan qu'*Auguſte* faiſoit faire pour ſe divertir dans les Feſtins.

(c) *Plutarch. in Solon.* pag. 80. *Edit. Wech.* Voyez auſſi *Diog. Laërt.* Lib. I. §. 28. où il y a quelque diverſité pour les perſonnages.

(d) Voyez *Valer. Maxim.* Lib. IV. Cap. I. §. 7. *extern.* & *Mornac.* ad Leg. XII. *Dig. De act. empt. & vend.*

*Des Monopoles.*

§. VII. On traite encore ici une autre queſtion, ſçavoir, ſi tout *Monopole* eſt contraire au Droit Naturel ? Le nom ſeul de *Monopole* eſt en horreur à bien des gens, & les Loix de pluſieurs Etats défendent ſous des peines rigoureuſes ce que l'on entend par-là. Mais il faut décharger de ce titre odieux, bien des choſes qui ne le méritent pas. Si un Citoyen, par exemple, eſt le ſeul d'une Ville qui ſçache faire certaines Marchandiſes, ou qui ait dans ſes Terres certaines ſortes de Fruits ; ou ſi une certaine choſe ne croît que dans un Païs (a), & que l'on ſe prévalle de ces avantages : il n'y a là ſans doute rien que de très-innocent, ni qui puiſſe être traité de Monopole ; car l'idée du *Monopole* ſuppoſe que celui qui l'exerce ſe ſoit emparé du privilége de vendre lui ſeul des Marchandiſes que les autres pouvoient vendre auſſi-bien que lui. Ce n'eſt pas non-plus un Monopole, que d'être le ſeul qui tranſporte des Marchandiſes d'un Païs éloigné, où l'on n'empêche pas que les autres n'en aillent chercher s'ils veulent.

(a) Comme étoit autrefois l'*Alun* dans l'Iſle de *Lipare*. *Diod. Sicul.* Lib. V. Cap. X. pag. 203. D. *Edit. Rhodom.* Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII, §. 16.

*vel avium, vel miſſilium emitur. Emptio enim contrahitur, etiamſi nihil inciderit : quia ſpei emptio eſt.* Digest. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. VIII. §. 1. Voyez le Commentaire de Mr. Noodt, page 393, 394.

(2) *Per averſionem ;* expreſſion de la Juriſprudence Romaine, comme, par exemple, dans la Loi LXII. §. 2. du Titre, que je viens de citer : *Res in averſione empta, ſi non dolo venditoris factum ſit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamſi res adſignata non ſit.* C'eſt lorſqu'on achete en gros des choſes ou de même nature, mais ſans déterminer le prix de chacune, ſelon leur nombre, leur poids, leur meſure ; ou de différente nature, ſans avoir égard à la valeur différente de chacune en particulier. Voyez les *Opuſcula varia de Latinitate Juriſconſult. Vett.* publiez par Mr. Duker, page 437.

(3) *Veluti cùm futurum jactum retis à piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis à venatore, vel pantheram ab aucupe.* Digest. Lib. XIX. Tit. I. *De actionibus empti & venditi*, Leg. XI. §. 18. Voyez la Loi ſuivante.

(4) Τὸ μαντικὸν γὰρ πᾶν φιλάργυρον γένος. Sophocl. *in Antigon.* page 257. *Edit. H. Steph.* L'Auteur citoit ce paſſage. Voyez feu Mr. Vandale, dans ſes Traitez, *De Oraculis ; & de Idololatria, & de Superſtitione ;* ou l'*Hiſtoire des Oracles*, par Mr. de Fontenelle.

Un Peuple, qui a abondance de certaines ſortes de Marchandiſes, peut auſſi légitimement s'engager par un Traité avec quelque autre Peuple, de ne les vendre qu'à lui ſeul. (1). En effet, il eſt libre à chacun de ſe défaire de ſon bien quand & en faveur de qui bon lui ſemble ; à moins qu'il ne s'agiſſe d'une choſe abſolument néceſſaire à autrui, & dont on a ſoi-même de reſte: car en ce cas-là les Loix de l'Humanité défendent tout engagement par où l'on réduiroit à une fâcheuſe indigence ceux qui ne ſauroient avoir ſans nous les choſes dont ils ne peuvent ſe paſſer. Mais ſi quelqu'un, ſans être autoriſé par un accord fait entre lui & le Maître du Païs, veut empêcher les autres ou par force, ou par de ſourdes pratiques, d'aller ſe pourvoir de certaines ſortes de Marchandiſes, afin que tout le monde ſoit contraint de les acheter de lui ; il eſt clair, & qu'il péche contre l'Humanité, & qu'il attente inſolemment à la liberté commune.

A l'égard des Monopoles qui s'exercent de Citoyen à Citoyen, il faut remarquer, qu'il n'eſt pas illicite d'empêcher, par autorité publique, que chacun ne trafique de toutes ſortes de choſes, ſans en avoir acquis le droit par les Loix du Païs. Ainſi, dans la plûpart des Etats de l'*Europe*, il ne ſuffit pas de ſçavoir faire certaines ſortes de Commerce ou de Métier, il faut encore obtenir la Maîtriſe ou le pouvoir de les exercer, qui ne ſe donne que ſous certaines conditions. Le Souverain peut auſſi accorder, ou à un Citoyen en particulier, ou à une Compagnie de Marchands, le privilége de tranſporter eux ſeuls de certains lieux une ſorte de Marchandiſe; & cela pour pluſieurs raiſons (2) ; car le commerce qui ſe fait dans des Païs fort éloignez, demande de grands frais avant que d'être bien établi, les commencemens en ſont difficiles, & le ſuccès fort douteux. Il ne ſeroit donc pas juſte que chacun pût en enlever impunément le profit à ceux qui l'ont ouvert avec tant de dangers & de dépenſes. D'ailleurs, ces Societez privilégiées peuvent, dans un beſoin, ſecourir l'Etat de leurs richeſſes, beaucoup mieux que ne feroient les Particuliers. Il ſemble auſſi, que de cette maniere le commerce des Marchandiſes étrangeres eſt plus grand, & s'exerce avec plus de fidélité. On ne penſe pas à tant de moyens de gagner, à tant de fineſſes, à tant de tromperies, lorſque le profit doit être mis en commun & partagé également avec d'autres. Mais la bonne Politique veut que le Souverain n'accorde de tels priviléges qu'à l'égard des choſes qui viennent de lieux fort éloignez, où l'on ne peut aller ſans courir quelque riſque, & qui ſont d'ailleurs de telle nature, qu'elles ſervent plûtôt aux commoditez ſuperflues, qu'aux néceſſitez abſolues de la Vie. Il ne faut pas non-plus permettre aux Marchands qui les tranſportent, d'en hauſſer le prix à leur fantaiſie. Il ſeroit auſſi déraiſonnable de fournir occaſion à un petit nombre de Citoyens d'amaſſer des richeſſes immenſes aux dépens des autres, ſans que ceux-là procuraſſent à l'Etat quelque utilité particuliere. Enfin, on ne peut guéres regarder que comme un Monopole injuſte, les défenſes que feroit un Prince aux Artiſans & aux Laboureurs de ſes Etats, de vendre leurs ouvrages & les fruits de leur induſtrie & de leur travail, à d'autres qu'à certaines perſonnes qui les revendroient enſuite ; ſurtout ſi cela avoit lieu par rapport aux Sujets du même Etat (3); car, de cette maniere, on voit bien qu'un petit

§. VII. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. III. §. 6. & Liv. IV. Chap. V. §. 10.

(2) On peut oppoſer ces raiſons à celles qui ſont miſes en avant dans les *Mémoires* de Jean de Wit, Grand Penſionnaire de *Hollande*, *Mémoires*, I. Part. Chap. X. pour montrer, que les Compagnies privilegiées ſont prejudiciables à un Etat.

(3) Il faut remarquer en paſſant, ajoûtoit ici notre Auteur, que Grotius, *Liv.* II. Chap. XII. §. 16. met mal-à-propos au rang des Monopoles, ce que fit *Joſeph*, ſur la révelation qu'il eut des ſept années d'abondance qui devoient être ſuivies de ſept années de famine, Genes. Chap. XLI. Car le Roi *Pharaon* n'avoit défendu à perſonne d'amaſſer du Bled pendant les années d'abondance, & il n'empêchoit pas que ceux à qui il en reſtoit au tems de la Famine, ne le vendiſ-

nombre de Citoyens attireroient à eux les richeſſes de l'Etat, en appauvriſſant & ruinant tous les autres. Pour ce qui regarde les Particuliers, conſidérez comme tels, ils ne ſauroient, de leur pure autorité, exercer innocemment un Monopole, proprement ainſi nommé; car comment eſt-ce qu'un Particulier qui n'a ni autorité ſur les autres, ni un pouvoir coactif, les empêcheroit directement & de ſon chef de négocier d'une certaine ſorte de Marchandiſes? Tout Monopole (b) des Particuliers n'eſt donc fondé ſur aucun droit ni ſur aucun privilége, mais ſe fait uniquement par des tromperies ſecretes, & par des complots criminels; comme lorſque quelques Marchans uſent d'artifice pour empêcher qu'aucun autre Citoyen n'aille dans les lieux d'où ils tranſportent certaines Marchandiſes, ou que les Etrangers ne viennent eux-mêmes les vendre dans le Païs; ou lorſqu'étant d'intelligence, ils achetent toutes les Marchandiſes de cette ſorte qu'ils peuvent trouver, & les gardent quelque tems dans leurs Magaſins; afin que, devenant rares, ils puiſſent les revendre à un prix exorbitant: gens qui ne conſidérent point, que (4) *la Terre eſt la Mere commune de tous les Hommes*, & qui méritent d'être rigoureuſement châtiez. Il faut dire la même choſe de ceux, qui, comme faiſoient autrefois à *Rome* les Marchands d'huile, ſe donnent le mot de ne vendre leurs Denrées & leurs Marchandiſes que ſur un certain pié au-delà du prix courant. Les Ouvriers & les Artiſans s'aviſent auſſi quelquefois d'une ſemblable friponnerie. Mais on ne doit pas tant blâmer l'adreſſe de *Thales*, qui ayant, à ce qu'on dit, prévu, par le moyen de l'Aſtrologie, que l'année ſuivante il y auroit grande abondance d'huile, prit à ferme tous les Oliviers (c) du Païs.

(b) Voyez *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. VIII. C. XXXVII. *Dig.* Lib. XLVII. Tit. XI. *De extraord. crim.* Leg. VI. *Cod.* Lib. IV. Tit LIX. *De Monopol.* &c. & *Cujas*, Obſerv. X, 19.

(c) *Ariſtot. Polit.* Lib. I. Cap. XI. Edit. Pariſ. *Cicer. de Divin.* Lib. I. Cap. XLIX. *Diog. Laert.* Lib. I. §. 26.

# CHAPITRE VI.

## *Du Contract de* LOUAGE.

En quoi conviennent le Contract de *Louage*, & celui de *Vente*.

§. I. IL Y A beaucoup de (1) rapport entre le *Contract de Vente*, qui vient d'être expliqué, & celui de LOUAGE dont il s'agit maintenant, par lequel *on donne à autrui moyennant un certain loyer ou un certain ſalaire, l'uſage d'une choſe, ou ſa peine & ſon travail.* (a) Ainſi ces deux ſortes d'engagemens ſuivent à-peu-près les mêmes régles. Le *Loyer* ou le *Salaire* répond au *prix* de la Vente, & le droit de joüir de la choſe louée, ou des effets du travail & de l'induſtrie d'une perſonne, répond au droit de Proprieté que l'on acquiert par l'Achat. La Vente eſt conſommée du moment qu'on eſt convenu du prix; le Contract de Louage s'accomplit dès que l'on eſt convenu du loyer ou du ſalaire (2). Lorſque l'on achete pour accommoder le

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 18, 19.

ſent. L'autre exemple, que GROTIUS allegue, n'eſt pas mieux applique: car ſi ceux d'*Alexandrie* avoient eux ſeuls preſque tout le commerce des *Indes* & de l'*Ethiopie*, ce n'étoit point en vertu d'aucun privilége; mais ſeulement à cauſe de la ſituation favorable du Pays, comme il paroît par ce que dit STRABON, Lib. XVII. page 798. *Edit. Paris.* (1149. *Edit. Amſt.*)

(4) Η γῆ πάντων μήτηρ· δικαία γάρ· ὑμεῖς δὲ ἄδικοι ὄντες, πεποίησθε αὐτῶν αὐτὴν μόνων μητέρα. PHILOSTRAT. *De Vit. Apoll. Tyan.* Lib. I, Cap. XV. *in fin. Edit. Olear.*

CHAP. VI. §. I. (1) *Locatio & conductio proxima eſt emptioni & venditioni, iiſdemque juris regulis conſiſtit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, ſi de pretio convenerit, ſic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit; & competit locatori quidem locati actio conductori verò conducti.* INSTITUT. Lib. III. Tit. XXV. *princip. Quæri ſolebat de locatione & conductione, ſi forte rem aliquam utendam ſive fruendam tibi aliquis dederit.* Ibid. §. 2. *At* cùm do ut facias; *ſi tale ſit factum, quod locari ſolet, puta*, ut tabulam pingas, *pecuniâ datâ, locatio erit.* Digeſt Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis*, &c. Leg. V. §. 2. Voyez ſur toute cette matiere *les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. Part. Liv. I. Tit. IV.

(2) Le Contract de Loüage ſe renouvelle par une *réconduction* tacite, lorſque, le bail étant expiré, le

Vendeur, les choſes ſe donnent ordinairement à meilleur marché, que quand la Vente ſe fait pour l'avantage de l'Acheteur; de même auſſi une perſonne qui vient offrir ſon ſervice, eſt obligée de ſe contenter d'un moindre ſalaire que ſi on étoit ſoi-même allé la chercher. Enfin dans le Contract de Louage, auſſi-bien que dans celui de Vente, c'eſt ordinairement à celui qui donne à demander (3). Mais comme ceux qui achetent ſans faire marché, s'engagent tacitement à payer les choſes au prix courant; (4) de même auſſi, lorſqu'on s'eſt loué ou qu'on a loué ſon bien ſans avoir parlé du ſalaire ou du loyer, on eſt cenſé s'en remettre à la diſcrétion & à l'équité du Preneur, (b) enſorte pourtant qu'il ne doit pas donner moins que ce qui ſe paye pour l'ordinaire (5). Il ſuit encore de la nature du Contract de Louage, que ſi l'Entrepreneur d'un Ouvrage (6) fait quelque perte en y travaillant, c'eſt pour ſon compte, & non pas pour celui de la perſonne à qui il a engagé ſa peine.

(b) Voyez *Matth.* XX, 4. *& ſuiv.*

Preneur continue de joüir de la choſe loüée, ſans que le Bailleur s'y oppoſe. Car en ce cas-là l'un & l'autre eſt cenſé proroger le Contract aux mêmes conditions, mais non pas toûjours pour tout autant de tems que le bail portoit: car il ſuffit que ce ſoit pour l'année qui a commencé de courir, & on ne peut guéres étendre plus loin le conſentement tacite du Proprietaire. *Qui impleto tempore conductionis, remanſit in conductione, reconduxiſſe videbitur. . . . Quod autem diximus*, taciturnitate utriuſque partis colonum reconduxiſſe videri, *ita accipiendum eſt, ut in ipſo anno quo tacuerunt, videantur eamdem locationem renovaſſe, non etiam in ſequentibus annis.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. II. *Locati, conducti*, Leg. XIII. §. 11. Mr. HERTIUS cite ici ce paſſage d'un ancien Auteur, des *Bornes des Champs. Quos dominus in poſſeſſionibus ſuis manere paſſus eſt, eorum conditionem mutaſſe non videtur.* HYGIN. *de limit. conſtitut.* page 208. *Edit. Goës.* Mais il y a dans le Texte: *Quos* DOMINOS, &c. Et il s'agit de toute autre choſe. Voyez un paſſage ſemblable de SICULUS FLACCUS, qui explique celui-ci, dans GROTIUS, Liv. II. Chap. III. §. 4. Note 7.

(3) SA. *Indica, fac pretium.* DO. *tua merx eſt, tua indicatio eſt.*
PLAUT. *in Perſa*, Act. IV. Scen. IV. verſ. 37.

ARISTOTE dit, que dans ces ſortes de commerces, celui qui donne ſemble s'en remettre à la volonté de celui qui reçoit. Ὁ γὰρ προϊέμενος, ἔοικεν ἐπιτρέπειν ἐκείνῳ [τῷ προλαβόντι] Cap. I. Il allegue là-deſſus l'exemple du Sophiſte *Protagoras*, que PLATON fait parler ainſi lui-même dans le Dialogue qui porte ſon nom. Je me contente de citer le paſſage en François ſelon la traduction de Mr. DACIER. *Voici le marché que je fais d'ordinaire: Quand quelqu'un a appris de moi, s'il veut, il me paye ce qu'on a coûtume de me donner; ſinon il peut aller dans un Temple, & après avoir juré que ce que je lui ai enſeigné vaut tant, dépoſer la ſomme qu'il m'a deſtinée*: page 328. Tome I. *Edit. Steph.* Toutes ces citations ſont de l'Auteur. Voyez CUJAS, Obſerv. XXIII, 31.

(4) Et ici, comme en matiere de Vente, chacun peut faire ſon marché le plus avantageuſement qu'il lui eſt poſſible. *Quemadmodum in emendo & vendendo naturaliter conceſſum eſt quod pluris ſit, minoris emere; quod minoris ſit, pluris vendere; & ita invicem ſe circumſcribere: ita in locationibus quoque & conductionibus juris eſt.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. II. *Locati, conducti*, Leg. XXII. §. 3. Voyez ci-deſſus, §. dernier du Chap. III. de ce Livre.

(5) C'eſt, ajoûtoit nôtre Auteur, une miſerable chicane que celle dont ſe ſervit autrefois *Denys le Tyran*, pour ſe diſpenſer de ſatisfaire un Joueur de flûte, à qui il avoit promis une grande récompenſe: *Je vous ai rendu*, lui dit-il, *plaiſir pour plaiſir. Vous m'avez diverti par vôtre mélodie, je vous ai réjoui par l'eſperance dont je vous ai flatté.* PLUTARCH. *de auditione*, pag. 41. D. & *de fortuna Alexandri*, Orat. II. *princ.* page 333, 334. ARISTOT. *Ethic Nicomach.* Lib. IX. Cap. I. Mais, dit très-bien ARISTOTE, *autant vaut-il ne rien recevoir, que de ne pas recevoir ce que l'on s'étoit propoſé.* Ὅμοιον γὰρ τῷ μηθὲν γίγνεσθαι, ὅταν οὗ ἐφίεται μὴ τυγχάνῃ. Nôtre Auteur rapportoit encore & approuvoit en même-tems une ſentence que prononça autrefois *Bocchoris* ſur un autre ſujet, & dans laquelle il y a une ſemblable maniere d'éluder un payement. Le conte eſt un peu libre; c'eſtpourquoi il ſuffira de renvoyer à PLUTARQUE *in Demetrio*, page 901. D. d'où il eſt tiré: ou bien à la Traduction de Mr. DACIER, *Vies des Hommes Illuſtres*, Tome VII. page 405, 406. *Edit. d'Amſterd.*

(6) Par exemple, lorſqu'un Forgeron en travaillant pour nous, caſſe ſon Marteau, ou ſon Enclume, on n'eſt point tenu de le lui payer. *Nam & ſi faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus.* DIGEST. Lib. XIV. Tit. III. *De Lege Rhodia*, &c. Leg. II. §. 1. De même, ſi un Vaiſſeau de tranſport ayant eſſuyé une rude tempête, eſt obligé de relâcher en quelque endroit pour ſe radouber; ces frais tombent ſur le Maître du Vaiſſeau, & non pas ſur ceux à qui appartient la charge. *Navis adverſâ tempeſtate depreſſa*, ou *deprenſa*, comme Mr. BENTLEY veut qu'on liſe, [*Not. in* HORAT. page 43. *Edit. Amſt.*] *ictu fulminis deuſtis armamentis, & arbore, & antemna*, Hypponem *delata eſt, ibique tumultuariis armamentis ad præſens comparatis*, Oſtiam *navigavit, & onus integrum pertulit. Quæſitum eſt, an hi quorum onus fuit, nautæ pro damno conferre debeant? Reſpondit, non debere: hic enim ſumptus inſtruendæ magis navis, quam conſervandarum mercium gratiâ factus eſt. Ibid.* Leg. VI. Notre Auteur rapportoit ici une Loi qu'il y avoit autrefois chez les *Epheſiens*, par laquelle il étoit ordonné, que ſi les frais d'un Bâtiment public alloient au-delà du quart de ce à quoi un Architecte avoit dit qu'ils monteroient, cet Architecte en payeroit du ſien le ſurplus. VITRUVE *de Architect.* Lib. X. *Præfat.*

En quel cas les *accidens ſurvenus* ſont pour le compte du *Bailleur ?*

§. II. On demande *ſi les accidens qui empêchent ou qui diminuent l'uſage de la choſe louée, ſont aux riſques & périls du Preneur ou du Bailleur ?* Il y en a qui répondent purement & ſimplement, que (1) comme la perte d'une choſe vendue eſt pour le compte de ſon Maître; de même naturellement, & à moins qu'il n'y ait là-deſſus quelque clauſe particuliere ajoûtée au Contract de Louage, la ſterilité, & les autres accidens ſemblables, qui font qu'on ne tire pas de la choſe louée l'uſage ou les revenus qu'on en attendoit, tombent ſur le Preneur; enſorte que le Bailleur eſt en droit de lui demander la rente dont ils ſont demeurez d'accord, quand même elle monteroit plus haut que la valeur des fruits recueillis; car, dit-on, dans le tems que le Bailleur a donné au Preneur le droit de jouïr de ſon bien, l'eſpérance des revenus que celui-ci s'en promettoit, étoit eſtimée ſur ce pié-là; deſorte que le Bailleur ayant tenu ſes engagemens, il eſt juſte que le Preneur de ſon côté paye la rente qu'il a promiſe. Mais pour bien décider cette queſtion, il faut à mon avis l'examiner d'une maniere plus préciſe & plus diſtincte. Je dis donc, que ſi la choſe louée (2) vient à périr ſans qu'il y ait de la faute du Preneur, non ſeulement il n'eſt point tenu de la payer, mais même dès ce moment-là le loyer ne court plus (a); car en réglant la rente, on a ſuppoſé que la choſe ſubſiſteroit pendant tout le tems que dureroit le Contract; ainſi du moment que la choſe n'eſt plus en nature, le Contract finit de lui-même. De-plus, il faut diſtinguer entre les choſes que le Bailleur peut & doit fournir, (3) & main-

(a) Voyez un paſſage d'*Hérodote*, cité ci-deſſus, Liv. IV. Chap. VII. §. 12. à la marge, lett. *b.*

§. II. (1) C'eſt le ſentiment de Grotius Liv. II. Chap. XII. §. 18. où pour le dire en paſſant, Gronovius a très-mal expliqué ces paroles, *ſicut res domino perit :* car il fait dire à ce grand Homme, que *ſi une choſe achetée, & déja délivrée, vient à périr, c'eſt pour le compte de celui qui en eſt actuellement le Maître, & non pas de celui qui l'a été.* Grande merveille! comme ſi perſonne pouvoit mettre cela en queſtion. Il ne faut pas être fort pénétrant pour voir que Grotius parle au contraire d'une choſe venduë, mais non encore délivrée, qui néanmoins, ſelon ce qu'il a dit au commencement du §. 15. eſt aux riſques & périls de l'Acheteur, & dont il met la perte en parallele avec celle des Fruits qui avoient été comme vendus, & qui étoient cenſez, pour ainſi dire délivrez au Fermier, autant que cela dépendoit du Proprietaire: de même qu'une choſe venduë eſt cenſée délivrée à l'Acheteur, quoiqu'elle demeure encore quelque tems entre les mains du Vendeur.

(2) *Si ager terræ motu ita corruerit, ut nuſquam ſit, damno domini eſſe: oportere enim agrum præſtari conductori, ut frui poſſit.* Digest. Lib. XIX. Tit. II. *Locati conducti*, Leg. XV. §. 2. *in fin. Si capras latrones citra tuam fraudem abegiſſe probari poteſt, judicio locati caſum præſtare non cogeris: atque temporis, quod inſecutum eſt, mercedes, ut indebitas recuperabis.* Ibid. *Leg.* IX. §. 4.

(3) Comme l'Auteur s'attache uniquement à traiter la queſtion des cas fortuits qui ſurviennent à l'égard de la choſe loüée, & qu'il ne fait qu'indiquer en paſſant & d'une maniere imparfaite les engagemens de celui qui loüe ſon bien ou ſa peine, il faut y ſuppléer en peu de mots. I. Celui qui *loüe ſon bien*, doit 1. Fournir la choſe en état de ſervir à ce pourquoi on la prend à loüage, & dans le tems marqué, comme auſſi de la maniere & ſur le pié dont on eſt convenu. 2. L'entretenir dans cet état-là, autant qu'il dépend de lui, & faire pour cet effet les dépenſes néceſſaires, ou les rembourſer au Preneur, à moins que celui-ci ne ſe ſoit engagé par le Contract à les faire lui-même. Voyez la Loi XV. §. 1. du Titre *Locati, conducti*, citée plus bas dans la Note 5. *In conducto fundo, ſi conductor ſuâ operâ aliquid neceſſariò vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel inſtituerit, cùm id non convenisſet, recipienda ea quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri poteſt.* Ibid. Leg. LV. §. 1. Voyez auſſi la Loi LXI. *princ.* du même Titre. Le Bailleur doit auſſi 3. Laiſſer la choſe au Preneur juſqu'au tems du bail expiré; à moins qu'il ne ſurvienne quelque cas qu'on auroit vraiſemblablement excepté ſi on l'eût prévu; comme ſi le Maitre d'une Maiſon vient à en avoir beſoin pour lui-même, ou qu'il veuille y faire des réparations néceſſaires; ſi le Preneur ne paye pas la rente pendant un tems conſidérable, ou qu'il ruine la Maiſon, ou qu'il en uſe d'une maniere à faire craindre le feu, ou qu'il y faſſe ou ſouffre quelque commerce illicite. *Ædem quam te conductam habere dicis, ſi penſionem domino in ſolidum ſolviſti, invitam te expelli non oportet: niſi propriis uſibus dominus eam neceſſariam eſſe probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata verſata es.* Cod. Lib. IV. Tit. LXV. *De locato & conducto*, Leg. III. Voyez auſſi la Loi XV. & Digest. Lib. XIX. Tit. II. Leg. XXX. *princ.* XXXV. LIV. 1. LV. §. 2. LVI. LXI. & Novell. XIV. Cap. I. La Vente, & en général tout tranſport de Proprieté fait en faveur de quelqu'un qui n'eſt pas Héritier univerſel, rompt auſſi le Contract de Loüage. (Voyez les *Parœmiæ J. German.* de Mr. Hertius, Lib. I. Cap. XLVII.) mais enſorte que le Bailleur ou ceux qui le repréſentent, ſont tenus des dommages & intérêts envers le Preneur, ſi l'Acheteur, par exemple, ou le Légataire veulent uſer de leur droit. *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, ſi aliqua ex cauſa fundum vel ædes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione & colono frui & inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is, aget cum eo ex conducto.* Digest. Lib. XIX. Tit. II. *Locati*, &c. Leg. XXV. §. 1. Voyez auſſi Cod. Lib. IV. Tit. LXV. Leg. IX. *Qui fundum colendum* in plures annos *locaverat, deceſſit; & eum fundum legavit:* Cas-

tenir en état de ſervir à un certain uſage connu & déterminé, & celles dans la jouïſſance deſquelles il entre du hazard, enſorte que le Bailleur n'en garantit pas ordinairement l'uſage à un certain dégré fixe. Je mets au rang des premieres une Maiſon, par exemple, louée pour y demeurer ; car le Proprietaire doit la remettre & l'entretenir propre à cet uſage, deſorte que ſi quelque appartement vient à être renverſé par un furieux tourbillon, ou endommagé par un incendie voiſin, il faut rabattre du loyer à proportion de ce que de tels accidens l'ont rendue moins logeable (4). En effet on régle le loyer d'une Maiſon ſur les commoditez que l'on pourra y trouver pendant tout le tems qu'on y logera, dans l'état où on la voit au moment du bail paſſé. Lors donc que ces commoditez diminuent ſans qu'il y ait de la faute du Locataire, il eſt juſte que le Maître de la Maiſon rabatte à proportion de la rente, à moins qu'il n'y faſſe inceſſamment les réparations néceſſaires, d'une maniere qui ne cauſe au Locataire aucun dommage ni aucune (5) incommodité conſidérable. De même ſi un Locataire ou un Fermier, (6) viennent à être expulſez, la rente ceſſe dès-lors de courir ; car en ce cas-là, à parler moralement, la Maiſon & l'Héritage ſont perdus pour le Proprietaire, juſqu'à ce que l'Ennemi ou l'Uſurpateur ait été chaſſé. Mais à l'égard des fruits déja recueillis, ſi on les a enlevez au Fermier ; la perte eſt pour lui.

SIUS *negavit cogi poſſe colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis intereſſet : Quod ſi colonus vellet colere, & ab eo, cui legatus eſſet fundus, prohiberetur eum herede actionem colonum habere, & hoc detrimentum ad heredem pertinere, &c.* DIGEST. ibid Leg. XXXII. Voyez Mr. TITIUS, *Obſ. in Lauterbach.* 597. *& ſeqq.* Mais la crainte des *Spectres* n'eſt pas un juſte ſujet d'abandonner une Maiſon qu'on a loüée. Car poſé qu'il y ait quelque fondement à la réalité de ces apparitions, on ne ſçauroit nier qu'il ne ſe débite là-deſſus milles fables ; enſorte que rien n'eſt plus difficile que d'alleguer un ſeul exemple ſoutenu de quelque preuve plauſible. Il n'y a guéres que des gens exceſſivement crédules & timides, qui ſoient ſuſceptibles de ces terreurs paniques : & ſi un Locataire eſt de cette humeur, il devoit avoir fait inferer dans le Bail une clauſe qui l'autorisât à le rompre pour une raiſon ſi frivole. D'ailleurs, cela pourroit aiſément ſervir de prétexte à la mauvaiſe foi de celui qui trouveroit ſon intérêt à ſe dédire de ſes engagemens ; car quand il dira qu'il a vû un Spectre, comment lui prouvera-t-on le contraire ? Ou s'il faut s'en rapporter à d'autres Témoins, le moyen de ſçavoir ſi ceux-ci n'ont pas été la duppe d'une Imagination épouvantée, comme cela arrive ſi aiſément ? Et quel dommage ne ſouffrira pas le Proprietaire, quand ſa Maiſon aura été ainſi décriée ? Conſultez ici une Diſſertation de Mr. THOMASIUS, publiée en 1711. *De non reſcindendo contractu Conductionis ob metum Spectrorum.* Enfin 4. Le Bailleur doit dédommager le Preneur de la perte que celui-ci ſouffre par un effet des vices de la choſe, que le premier connoiſſoit ou devoit connoître ; comme, par exemple, ſi on a loüé des Tonneaux mal conditionnez, d'où le Vin s'eſt répandu. Mais il n'en eſt pas de même, lorſque dans un Pâturage baillé à ferme, il ſe trouve de mauvaiſes herbes qui font crever le Bétail du Fermier ; car en ce cas-là il ſuffit de ne rien demander pour la rente, à moins qu'on n'eût éprouvé le mêlange des mauvaiſes herbes avec les bonnes. *Si quis dolia vitioſa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod intereſt : nec ignorantia ejus erit excuſata : Et ita* CASSIUS *ſcripſit. Aliter atque ſi ſaltum paſcuum locaſti, in quo herba mala naſcebatur : hic enim ſi pecora vel demortua ſunt, vel etiam deteriora facta, quod intereſt præſtabitur, ſi ſciſti : ſi ignoraſti, penſionem non petes.* DIGEST. *ibid.* Leg. XIX. §. 1. Voilà pour le loüage des choſes. II. Celui qui *loüe ſa peine*, doit 1. vaquer fidélement au travail ou à l'ouvrage dont il s'eſt chargé. 2. Le fournir, autant qu'il lui eſt poſſible, dans le tems convenu. 3. Ne pas l'abandonner ſans quelque grande raiſon, qui ſoit telle qu'il y ait ſujet de croire qu'elle auroit formé une exception à l'engagement, ſi elle fût venuë dans l'eſprit comme devant avoir lieu. 4. Répondre enfin du dommage qu'il peut avoir cauſé à celui pour qui il travailloit, ou par ſa négligence, ou même par ſon ignorance ; à moins que celui-ci connoiſſant ſon peu d'habileté, n'ait paſſé par-deſſus cette conſidération : car alors il ne peut s'en prendre qu'à lui-même, & l'autre en eſt quitte pour faire du mieux qu'il ſçait. Voyez la *Note* 3. ſur le paragraphe ſuivant.

(4) *Si vitiatum ædificium neceſſariò demolitum eſſet, pro portione, quanti dominus prædiorum locaſſet, quod ejus temporis habitatores habitare non potuiſſent, rationem duci, & tanti litem æſtimari.* DIGEST. Lib. XIX. Tit. II. *Locati conducti*, Leg. XXX. *princip.* Voyez auſſi Leg. XV. §. 1.

(5) *Habitatores non, ſi paulò minùs commodè aliqua parte cœnaculi uterentur, ſtatim deductionem ex mercede facere oporter : ea enim conditione habitatorem eſſe, ut, ſi quid tranſverſarium incidiſſet, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi ſuſtineret ; non ita tamen, ut eam partem cœnaculi dominus aperuiſſet, in qua magnam partem uſus habitator haberet.* Ibid. Leg. XXVII. *princip.* Au reſte, que le Proprietaire ſoit obligé à faire les réparations néceſſaires, cela paroit par une autre Loi du même Titre : *Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his cauſis ferè : ut puta ſi re, quam conduxit, frui ei non liceat, fortè quia poſſeſſio ei aut totius agri aut partis non præſtatur, aut villa non reficitur, vel ſtabulum, vel ubi greges ejus ſtare oporteat ; vel, ſi quid in lege conductionis convenit, ſi hoc non præſtatur, ex conducto agetur.* Leg. XV. §. 1.

(6) Voyez dans le même Titre, *Leg.* XXXIII. *in fin.* & XXXV. *princip.*

Pour ce qui eſt du *Louage de la peine & du travail*, il faut remarquer, que ſi l'on a fait marché avec quelqu'un pour une choſe qui ne l'attache pas continuellement à notre ſervice, on n'eſt point tenu de le payer, lorſqu'il arrive quelque accident qui nous empêche de nous fournir l'ouvrage ou le travail auquel il s'eſt engagé; mais ſi un homme qui eſt à nos gages devient par une maladie ou par quelque autre accident, (7) hors d'état de faire ſes fonctions pour un peu de tems, l'humanité veut qu'on ne lui ôte pas pour cela ſon emploi, & qu'on ne retranche même rien de ſes gages; ſurtout lorſqu'on a lieu d'eſpérer qu'il réparera dans la ſuite (8) par des ſoins redoublez le tems qu'il a perdu à ſon grand regret, ou lorſque par ſon application paſſée il a mérité cette recompenſe.

En quel cas ils tombent ſur le *Preneur?*

§. III. MAIS quand il s'agit de choſes dont le revenu eſt incertain, telles que ſont les Terres, les Jardins, les Vignes, la Pêche des Rivieres, &c. comme le profit extraordinaire eſt pour le Preneur, la perte qui ſurvient par une diminution des revenus ordinaires tombe auſſi ſur lui naturellement; enſorte qu'à la rigueur le Bailleur n'eſt point tenu de relâcher quoique ce ſoit de la rente, d'autant plus que la ſtérilité d'une année eſt ordinairement compenſée par l'abondance d'un autre (a), & un bon ménager ne donne ni prend à loüage de telles choſes pour une année ſeulement. En vain objecteroit-on ici la maxime commune, que *perſonne ne doit s'enrichir au détriment d'un autre;* car par la même raiſon le Bailleur ſeroit en droit, dans les années d'abondance extraordinaire, de demander une augmentation de rente; cependant on ſe moqueroit de lui s'il avoit de pareilles prétenſions. D'ailleurs, comme pour l'ordinaire les revenus d'une année ne ſont pas égaux à ceux de l'autre, le Bailleur aime mieux tirer une rente modique, mais fixe, qu'une rente qui dépende du revenu incertain de chaque année. Le Preneur d'autre côté eſt bien aiſe de ſçavoir que donner, pour avoir un profit incertain; deſorte que s'il eſt trompé dans ſes eſpérances, (1) il ne doit s'en prendre qu'à lui-même. Il y a néanmoins ici un tempérament d'équité, c'eſt celui qui eſt propoſé dans le Droit Romain, où l'on diſtingue (2) entre

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XIX. Tit. II. *Locati, conducti*, Leg. XV. §. 4.

(7) Voyez DIGEST. Lib. XI. Tit. VII. *De Statu liberis*, Leg. IV. §. 5.

(8) C'eſt par ce motif que COLUMELLA recommande aux maitres de bien ſoigner leurs Eſclaves quand ils ſont malades: *Quin etiam fideliùs, quàm prius ſervire ſtudent, qui convaluerint, quum eſt ægris adhibita diligentia.* De Re Ruſtic. Lib. XII. Cap. I. *in fin.*

§. III. (1) PLINE *le Jeune* ſe félicite pourtant beaucoup, en pluſieurs endroits de ſes Lettres, des remiſes qu'il faiſoit, en ce cas-là, à ſes Fermiers. Voyez *Lib.* VIII. *Ep.* II. & *Lib.* IX. *Ep.* XXXVII. *Lib.* X. *Ep.* XXIV. Mais il paroit par ces Lettres citées, qu'outre la vanité il entroit là-dedans un motif d'interêt propre pour l'avenir.

(2) SERVIUS *omnem vim, cui reſiſti non poteſt, dominum colono præſtare debere ait: ut puta, fluminum, graculorum, ſturnorum, & ſi quid ſimile acciderit; aut ſi incurſus hoſtium fiat. Si qua tamen vitia ex ipſa re oriantur, hæc damno coloni eſſe: veluti ſi vinum coacuerit: ſi raucis, aut herbis ſegetes corruptæ ſint. Sed & ſi labes facta ſit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non eſſe, ne ſupra damnum ſeminis amiſſi mercedes agri præſtare cogatur. Sed & ſi uredo fructum oleæ corruperit, aut ſolis fervore non adſueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra conſuetudinem acciderit, damnum coloni eſſe. Idemque dicendum, ſi exercitus præteriens per laſcivam aliquid abſtulit.* Ibid. Leg. XV. §. 2. Voyez CUJAS *Obſerv.* XV, 28. HOTOMANN. *Obſerv.* IV, 7. MENAGE, *Amœnitat. Jur.* Cap. XXXVIII. & ſur le Commentaire de Mr. NOODT, *page* 424, *& ſeqq.* Vis major, *quam Græci* Θεοῦ βίαν, *id eſt*, vim divinam *adpellant, non debet conductori damnoſa eſſe, ſi plus, quam tollerabile eſt, læſi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.* Ibid. *Leg.* XXV. §. 6. Mr. TITIUS, *in Lauterbach.* Obſerv. DCX. croit que cette circonſtance marquée dans la derniere Loi, je veux dire, *que la perte du Fermier ſoit inſuportable*; eſt ce à quoi il faut faire ici le plus d'attention. Car bien-loin que toute mauvaiſe récolte ſoit préjudiciable à un Fermier, on voit que ceux qui tiennent de grandes Fermes, aiment mieux une année un peu mauvaiſe qu'une année d'abondance; parceque moins il y a de Denrées, & plus ils vendent cher les leurs. Ainſi, ſelon le même Auteur, tout ce que l'on dit ordinairement du rabais de la rente, ne peut guéres regarder que les Pauvres, ou les gens peu accommodez, qui tiennent de petites Fermes. Mais lors même que certaines Denrées deviennent à grand marché, par quelque raiſon indépendante de la bonne ou mauvaiſe récolte, cela n'autoriſe point à demander une diminution de rente; parce que le prix des choſes eſt pour l'ordinaire fort variable.

tre les accidens extraordinaires, comme *le débordement d'une Riviere, l'irruption de certains Oiſeaux qui viennent par troupes, la Guerre, une grande Gelée une Séche-reſſe extrême*, & les accidens ordinaires; c'eſt-à-dire, *qui ſont une ſuite de la nature même du Fonds & des Fruits, ou de quelque cas que l'on voit arriver tous les jours*, comme *ſi les Grains ont été gâtez par les vers, ou par un mélange de mauvaiſes herbes; ſi le vin s'aigrit; ſi des Soldats en paſſant près d'une vigne y mangent quelques Raiſins.* Dans le premier cas, *c'eſt bien aſſez pour un Fermier de perdre ce qu'il a ſemé, ſans qu'il doive encore payer la rente*, & ſouffrir ainſi un double dommage. Dans l'autre, *c'eſt tant pis pour lui*, puiſqu'il pouvoit s'y attendre. Dans le premier même, *il doit ſe réſoudre à ſupporter une perte légere, ou une petite diminution des revenus qu'il s'étoit promis; puiſque ſi ces revenus étoient montez au-delà de ſes eſpérances, on ne lui auroit rien ôté.* En effet, ſi pour la moindre perte un Fermier pouvoit demander une diminution de la rente, cela donneroit lieu à une infinité de procez fort embrouillez. Et c'eſt pour cela qu'on régle la rente des Héritages ſur le pié de ce qu'ils produiſent dans les années d'une médiocre récolte; afin que les Fermiers ayent d'autant moins ſujet de ſe plaindre. De dire maintenant juſqu'où doit aller préciſément la perte qui ſuffit pour demander un rabais de loyer, c'eſt ſurquoi on ne ſçauroit établir de régle générale; mais il faut en laiſſer la détermination au jugement équitable d'un Arbitre, qui aura égard à toutes les circonſtances particulieres. Il y a une autre choſe à remarquer au ſujet des Fermiers; c'eſt qu'ils prennent ſouvent à ferme un Héritage, à condition qu'ils ne payeront la rente que de ce qui en provient au-delà des frais de la culture; c'eſt-à-dire, que le Fermier, qui eſt alors comme Valet à gages, défalque avant toutes choſes la valeur de ſon travail, & qu'ainſi la perte d'une mauvaiſe récolte retombe ordinairement ſur le ſeul Proprietaire.

Si celui qui avoit pris une choſe à louage, ſe trouve par quelque accident hors d'état d'en jouïr, & que le Bailleur la relouë à un tiers, ou en tire lui-même de quelque maniere que ce ſoit, les uſages ou les revenus qui étoient dûs au premier Preneur; il doit lui en rendre tout le profit, ou la valeur, ou lui en tenir compte ſur le payement de la rente.

Au reſte, ſi l'on veut ſçavoir quels ſont les engagemens de celui qui prend une choſe à loüage, comme auſſi de celui qui ſe charge d'un ouvrage ou d'un travail, on les trouvera marquez dans quelques Loix du Droit Romain, où il eſt dit en ſubſtance: (3) Que le Preneur doit jouïr en bon Pere de famille de ce qu'il tient à loyer, & que

ble. Cela eſt décidé dans la Loi ſuivante, ſi on l'entend de la maniere que Mr. de BYNKERSHOEK l'explique: *Cùm quidam de fructuum exiguitate quereretur, non eſſe rationem ejus habendam, Reſcripto Divi Antonini continetur.* DIGEST. *ubi ſuprà*, Leg. XV. §. 5. Ce Juriſconſulte explique en même tems, (*Obſerv.* Lib. II. Cap. XIII.) l'autre Reſcript d'*Antonin*, rapporté au même endroit. *Item alio Reſcripto ita continetur:* NOVAM REM DESIDERAS, UT PROPTER VETUSTATEM VINEARUM REMISSIO TIBI DETUR. *Ibid.* C'eſt-à-dire, qu'un homme qui a pris à ferme des Vignes vieilles, ne doit s'en prendre qu'à lui-même ſi elles ne lui portent pas tout ce qu'il en attendoit; parceque c'eſt une choſe qu'il pouvoit ſçavoir avant que de faire le bail.

(3) J'ai emprunté ces trois ou quatre lignes de l'Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Cit.* Liv. I. Chap. XV. §. 10. pour donner une idée générale du contenu des Loix auſquelles notre Auteur ſe contente ici de renvoyer le Lecteur. *Conductor autem omnia ſecundùm legem conductionis facere debet: & ſi quid in lege prætermiſſum fuerit, id ex bono & æquo præſtare. Qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promiſit; ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet: quam ſi præſtiterit, & aliquo caſu fortuito eam rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur.* INSTIT. Lib. III. Tit. XXV. §. 5. CELSUS *etiam imperitiam culpæ adnumerandam . . . ſcripſit. Si quis vitulos paſcendos, vel ſarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum præſtare debere, & quod imperitiâ peccavit, culpam eſſe: quippe ut artifex (inquit) conduxit.* DIGEST. *ubi ſuprà, Leg.* IX. §. 5. Voyez auſſi les §. 2, 3. & les Loix XI. XII. XIII. XV. §. 3, 4, 7, 8. XXVII. XXX. §. 4. XXXVIII. LV. §. 1, 2. LX, §. 2. LXI. *princip.* J'ai dit à la fin de la *Note* 3. ſur le paragraphe précédent, de quelle manie-

ſi quelque choſe périt ou ſe perd par ſa faute, il doit dédommager le Proprietaire. Par la même raiſon, (4) l'Entrepreneur d'un ouvrage eſt reſponſable de ce qui s'eſt gâté ou détérioré par ſa faute (5).

Si l'on peut ſe faire payer ſolidairement de pluſieurs perſonnes.

§. IV. ON demande, ſi lorſque l'on s'eſt engagé envers quelqu'un à qui l'on ſe fait payer raiſonnablement ſa peine, d'entreprendre un voyage, ou quelque autre choſe de ſemblable, en quoi l'on peut tout d'un tems donner ſes ſoins aux affaires d'une ou de pluſieurs autres perſonnes, ſans que pour cela il en coûte d'avantage; ſi, dis-je, en ce cas-là il eſt permis d'exiger des derniers le même ſalaire que du premier? GROTIUS (a) croit qu'il n'y a rien là que de très-innocent, à moins que quelque Loi Civile ne le défende. Car, dit-il, que l'on ſoit ou que l'on ne ſoit pas utile en même tems à pluſieurs autres, cela n'entre pour rien dans l'eſſence du Contract, & ne diminue rien, par rapport à celui qui nous paye nôtre peine, de ce qu'elle vaut effectivement. Mais quoiqu'à la rigueur le ſecond Contract ne ſoit peut-être pas contraire aux Loix de la Juſtice proprement ainſi nommée, il ne s'accorde guéres, à mon avis, avec les maximes de l'Humanité & de l'Equité Naturelle. Car quand un ſeul nous paye nôtre peine tout ce qu'elle vaut en elle-même, ſi ſans qu'il en coûte davantage l'on peut en même tems s'employer pour d'autres, (1) ce que l'on fait pour ceux-ci n'eſt par rapport à eux, qu'un ſervice d'une utilité innocente; cependant, comme il paroît y avoir de la dureté à charger de tout le ſalaire celui qui le premier s'eſt engagé ſolidairement à le payer, (2) l'Equité veut que les autres y entrent pour leur part. Ainſi quand

(a) *Liv. I. Chap. XII.* §. 19.

re il faut entendre, à en juger par les principes du Droit Naturel tout ſeul, ce qui eſt établi ici au ſujet de l'ignorance ou du peu d'habileté de celui qui ſe charge d'un ouvrage ou d'un travail. Pour ce qui eſt du ſoin que l'on doit prendre d'une choſe que l'on tient à loüage, les Juriſconſultes ne ſont pas bien d'accord là-deſſus: les uns voulant que l'on ſoit reſponſable de la moindre négligence, & les autres des fautes légéres ſeulement. Voyez la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *de Culparum præſtatione in Contractibus*, Cap. I. §. 22. Mr. NOODT, dans ſon Commentaire, *page* 428, *& ſeqq.* diſtingue entre le loüage d'une choſe, & le louage de la *peine* ou du *travail*: & il veut que ſelon le Droit Romain, on ſoit reſponſable dans la premiere eſpece de Contract, de ce qu'on appelle *faute légére*; dans l'autre de *la plus légére.* Ce que j'ai dit, à l'égard du Contract de Vente, dans la *Note* 2. ſur le §. 3. du Chap. précédent, doit être encore appliqué ici, à ſuivre la ſimplicité du Droit de Nature.

(4) On ſuit ici les idées du Droit Romain, qui regarde ſouvent comme le Preneur (*Conductor*) celui qui ſe charge d'un ouvrage ou d'un travail; & comme le Bailleur (*Locator*) celui qui l'en charge moyenant un certain prix qu'il doit lui donner. Voyez CUJAS, *Obſerv.* Lib. II. Cap. 28. & le Commentaire de Mr. NOODT, page 421. Mais c'eſt-là une improprieté de langage, qui embrouille les idées; car au fond celui qui donne pour de l'argent ſa peine & ſon travail, à une perſonne qui lui fournit la matiere ſur quoi il doit travailler, n'eſt pas moins le Bailleur que celui qui loüe ſes Terres ou ſa Maiſon: & de ce que le Contract commence quelquefois par l'un des Contractans, quelquefois par l'autre, qui eſt la raiſon qu'on allégue ici; il ne réſulte point de différence eſſentielle, puiſque le ſalaire ſe paye toûjours par celui qui joüit de la peine ou du travail de l'autre. Pour ce qui eſt des *Baux à prix fait*, où l'Entrepreneur fournit les Matériaux & fait toutes les dépenſes, ce ſont proprement des Ventes. Voyez ci-deſſus, Chap. II. §. 10.

(5) Il y avoit (ajoûtoit ici nôtre Auteur), parmi les anciens *Egyptiens*, une Loi, par laquelle les Médecins qui n'avoient pas traité un Malade dans les formes étoient punis de mort. DIODOR. SICUL. Lib. I. Cap. LXXXII. Dans le Royaume de *Tunquin* (comme il le remarquoit encore en paſſant), dès le commencement de la maladie on traite avec le Médecin, à condition qu'on lui donnera tant, ſi le Malade guérit; mais que ſi le Malade meurt, il n'aura rien. Par ce moyen on prétend avoir trouvé le vrai ſecret de rendre les Médecins ſoigneux & circonſpects. Le Voyageur qui rapporte ceci (ALEXAND. DE RHODES, *Itiner.* Part. II. Cap. XXX.) parle auſſi d'un Médecin, qui étant appellé auprès d'un Malade, diſoit aux Parens qui faiſoient marché avec lui: Que ſi le Malade étoit jeune, il ne voudroit pas le traiter pour moins de cent Ecus; mais que puiſqu'il le voyoit d'un âge aſſez avancé, il ſe contenteroit de vingt. Et il en rendoit cette raiſon, que la vie qu'il donneroit au Malade ne pouvoit pas être fort longue. Nôtre Auteur auroit pû ſe paſſer de rapporter ces petits contes, & ils ſeront du moins mieux placez ici.

§. IV. (1) Cela prouve ſeulement qu'on ne peut pas exiger d'un autre autant que de celui qui nous a loüé tout exprès. Mais ſi après s'être engagé avec celui-ci, quelque autre veut profiter de l'occaſion, rien n'empêche qu'on ne ſtipule du dernier quelque récompenſe pour le ſoin qu'on prendra de ſes affaires; à moins qu'il n'y eût d'ailleurs quelque raiſon d'Humanité ou de Charité, qui demandât qu'on lui rendît gratuitement ce ſervice.

(2) Cela n'eſt pas toûjours néceſſaire; car pourvû que celui qu'on loüe ne néglige pas les affaires dont on le charge, s'il peut en même-tems vaquer à celles de quelque autre, on lui laiſſe d'ordinaire le profit qu'il en peut tirer, comme une petite aubaine qu'on eſt bien aiſe qui lui arrive.

on a loué un Vaiſſeau, on ne permet guéres que le Maître reçoive aucun autre ſur ſon bord ſans nôtre conſentement; & en ce cas-là on tire ce que donnent les Paſſagers pour leur voiture. Mais à l'égard des Métiers, dont le prix dépend de leur rareté & du petit nombre des Ouvriers, quoique l'on enſeigne en même tems pluſieurs Apprentifs, on peut fort bien faire payer à chacun autant qu'il donneroit s'il étoit ſeul à prendre leçon. En effet, quoiqu'on ne ſe donne pas plus de peine pour dix & pour cent, que pour un; plus le nombre de ceux à qui l'on communique ſa ſcience eſt grand, & plus le prix en diminue: (3) ainſi il eſt juſte de s'en dédommager par quelque endroit.

Au reſte, il y en a qui prétendent que le ſalaire qu'on reçoit de ceux à qui l'on enſeigne les Arts Liberaux, n'eſt pas fondé ſur un Contract de Louage, mais ſur un Contract ſans nom, *de faire afin que l'on nous donne;* les Sciences & l'Erudition n'étant pas ſuſceptibles d'une eſtimation faite à prix d'argent (b). Quoiqu'il en ſoit, ce Contract a du moins ceci de commun avec les *Louages du travail & de l'induſtrie*, qu'on n'eſt pas toûjours reſponſable du ſuccès, & que pourvû qu'on ait apporté la fidelité & les ſoins néceſſaires, on ne laiſſe pas de pouvoir légitimement demander ſon ſalaire, (4) quand même on auroit travaillé en vain. Il ne faut pas néanmoins blâmer les ſentimens de *Socrate*, (5) qui ne prenoit point d'argent de ſes Diſciples, croyant ſa peine ſuffiſamment récompenſée par le plaiſir qu'il avoit de s'être acquis leur amitié.

(b) Voyez ci-deſſus, Chap. I. §. 5. *Note* 8. & §. 6. *Note* 4. & le Traité de *Lucien*, *de mercede conduct.*

(3) Quelquefois auſſi ce que chacun donne eſt ſi peu de choſe, qu'à peine tout enſemble payent-ils un peu raiſonnablement la peine que l'on prendroit pour un ſeul.

(4) Le meilleur Maître ne ſauroit forcer à apprendre ceux qui ne veulent pas profiter de ſes inſtructions, & qui n'y ont aucune diſpoſitions. C'eſt ce que porte une Sentence d'Euripide, que notre Auteur citoit ici:

*Δεινὸν σοφιστὴν εἶπας, ὅστις εὖ φρονεῖν*
*Τοὺς μὴ φρονοῦντας δυνατός ἐστ' ἀναγκάσαι.*

*Hippolyt. coron.* verſ. 921, 922. Il y a (ajoûtoit-on) des naturels dont on peut dire, avec Juvenal:

*——— Culpa docentis*
*Scilicet arguitur, quòd lævâ in parte mamillæ*
*Nil ſalit Arcadico juveni. . . . . .*

» On jette ſur le Maître la faute de ce que ſon Diſciple » eſt bête & ſtupide. *Sat.* VII, 158, 159. Ou auſquels on peut appliquer ce que Pline rapporte d'une eſpece d'animal ſauvage, nommé *Tarandus*, qu'il reſſemble à un Ane, quand il veut garder ſa couleur naturelle: *Sed, quum libuit ſui coloris eſſe, aſini ſimilis eſt.* Hiſt. Natur. Lib. VIII. Cap. 34. En un mot, quand on a à faire à des Eſprit indociles, toute Diſcipline eſt foible & impuiſſante, ſelon cette ſentence d'un ancien Orateur: Ἔστι γὰρ, ὦ Θεοὶ, βιαιότερον, καὶ μᾶλλον ἰσχυρὸν, μαθήσεως φύσις. ὅταν, ἦν πονηρὰ, καθέλκει πρὸς ἑαυτὸν, καὶ πᾶσαν παίδευσιν ἀπέφηνε μάταιον. Libanius, Declam. XXIX. page 676. A. *Edit Pariſ. Morell.* Notre Auteur renvoye encore ici à un Diſcours que le Grand Mogol *Aureng-Beg* fit à celui qui avoit été ſon Précepteur, comme le rapporte Bernier, *Relation du Royaume du Mogol*, Part. dern. page 57.

(5) On trouvera les paroles de ce Philoſophe dans Xenophon, vers la fin du II. Livre des *Choſes memorables*, Cap. VI. *Edit. Oxon.* Notre Auteur remarquoit, qu'il y avoit autrefois à *Rome* des Ecrivains qui prioient & payoient même quelquefois des gens pour entendre déclamer leurs Pieces. Voyez le Scholiaſte de Juvenal, ſur *Sat.* XIII. 32. Mais pour ce qu'il diſoit encore, que long-tems auparavant il y avoit un Philoſophe Grec, nommé *Eſchine*, qui donnoit de l'argent à ſes Auditeurs; cela n'eſt fondé que ſur une méchante traduction des termes dont ſe ſert Diogene Laerce, Lib. II. §. 62. ἐμμίσθους δὲ ἀκροάσεις ποιεῖσθαι: qui ſignifient au contraire, qu'*Eſchine* prenoit de l'argent de ſes Auditeurs, comme l'a remarqué Aldobrandin. Du reſte, rien n'eſt plus commun dans les Auteurs de l'Antiquité, *Grecs* ou *Romains*, que le reproche qu'on faiſoit aux Philoſophes de leur avidité de gain & de leur eſprit mercenaire, par où ils démentoient leur propre Science. Voyez le Jeſuite Louis Cresol, *Theatrum vet. Rhetor. Orat. Declam.* &c. Lib. V. Cap. 3. *& ſeqq.*

# CHAPITRE VII.

## *Du* PREST A CONSOMPTION, *& des* INTERETS.

Définition du *Prêt à conſomption ;* & ce que c'eſt qu'une *choſe ſuſceptible de remplacement* ou *d'équivalent.*

(a) Voyez *Jacob. Gothofr.* Differt. *De functione & aqual. in Mutuo.*

§. I. LORSQUE *l'on donne à quelqu'un une choſe ſuſceptible de remplacement, à la charge de nous rendre, dans un certain tems, autant qu'il a reçu de la même eſpece & de pareille qualité,* (1) c'eſt un PREST A CONSOMPTION.

On appelle *ſuſceptibles de* (2) *remplacement*, ou d'équivalent, (a) les choſes, dont chacune tient lieu de toute autre ſemblable; enſorte que quiconque reçoit autant qu'il avoit donné, de la même eſpece, de pareille qualité, eſt cenſé recouvrer la même choſe préciſément. C'eſt par-là que le *Prêt à conſomption* differe du *Prêt à uſage*, & du *Contract de Louage :* car dans ces deux derniers on s'engage à rendre la choſe même en eſpece, de maniere que celui de qui on l'a empruntée ou louée, n'eſt point (3) obligé de ſe contenter de l'équivalent; & cela non ſeulement parcequ'en matiere de ces ſortes de choſes il eſt pour l'ordinaire aſſez difficile d'en ſubſtituer d'autres qui ſoient préciſément d'égale valeur ; mais encore parceque telle eſt la Loi expreſſe du Contract, que l'on prétend ravoir la choſe même en eſpece. Au lieu que quand une perſonne à qui j'ai prêté, par exemple, un Boiſſeau de Blé, me rend un Boiſſeau d'autre Blé auſſi bon que le mien, je ſuis cenſé recevoir préciſément le même que j'avois donné. On dit encore que ces ſortes de choſes ſe donnent au poids, au nombre & à la meſure; parceque le nombre, le poids & la meſure, ſervent à régler & ſpécifier ce qu'il faut rendre; au lieu que dans les autres, la nature même de la choſe le détermine & le fait connoître ſuffiſamment. C'eſt pour cela que les dernieres ſont appellées des *Choſes en eſpece ;* au lieu qu'on déſigne les premieres par le nom de quelque *Quantité.* Il faut remarquer pourtant, que les Bœufs, par exemple, ne ſont pas des choſes ſuſceptibles de remplacement, quoiqu'on vende à la fois cinquante ou cent de ces animaux, & qu'on les compte en les vendant ; car alors le nombre ſert ſeulement à marquer combien de choſes en eſpece l'on achete, & non pas à fixer une certaine quantité, dont chaque partie puiſſe être appliquée indifféremment à pluſieurs choſes individuelles de même ſorte.

Il y a deux uſages de ces ſortes de choſes.

§. II. LES choſes ſuſceptibles de remplacement ont deux uſages, l'un ordinaire, l'autre extraordinaire. Celui-ci conſiſte à s'en ſervir ſimplement pour la parade (1). Par

CHAP. VII. §. I. (1) *Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſura conſtant : veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo, in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, ſed aliæ ejuſdem naturæ & qualitatis redduntur : inde etiam mutuum adpellatum eſt, quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat.* INSTITUT. Lib. III. Tit. XV. *princip.* Voyez CUJAS, Obſervat. XI. 37.

(2) *Res fungibiles.* Voyez ce que j'ai dit ci-deſſus, Liv. I. Chap. II. §. 10. *Note* 3. Le mot même de *fungibilis* n'eſt pas du Droit Romain : mais celui de *functio* s'y trouve employé ſur cette matiere. *Mutui datio conſiſtit in his rebus, quæ pondere, numero, menſurâ conſtant : quoniam eorum datione poſſumus in creditum ire,* QUÆ *in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quàm ſpecie.* DIGEST. Lib. XII. Tit. I. *De rebus creditis*, &c. Leg. II. §. 1. On ſouſentend là *magis* ou *potiùs*, qui répond à, *quàm ſpecie.* Et *per ſolutionem* eſt comme ſi l'on diſoit, *dum ſolvuntur.* Voyez ANT. AUGUSTIN. *Emendat.* Lib. IV. Cap. 8. Il ne paroit pas d'ailleurs néceſſaire de rien corriger, ou tranſpoſer, comme font divers Auteurs.

(3) *Nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt.* DIGEST. Lib. XII. Tit. I. *De rebus creditis*, &c. Leg. II. §. 1.

§. II. (1) *Non poteſt commodari id quod uſu conſumitur, niſi fortè ad pompam vel oſtentationem quis accipiat : Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratiâ numerationis loco intercedant.* DIGEST. Lib. XIII. Tit. V. *Commod. vel contra*, Leg. III. §. 6. IV. Voyez, ſur les dernieres paroles, le Commentaire de Mr. NOODT, page 318.

exemple, comme il importe beaucoup à un homme âgé qui cherche femme, de paſſer pour riche; ſuppoſons qu'un Vieillard peu accommodé emprunte une ſomme d'argent pour la mettre dans ſon coffre, afin de la faire voir adroitement à ſa Maîtreſſe qui doit venir chez lui; en ce cas-là il ne devient pas Proprietaire des eſpeces qu'on lui a prêtées, mais il doit les rendre telles qu'il les a reçues; deſorte que c'eſt un ſimple *Prêt à uſage*. Mais l'emploi ordinaire de ces ſortes de choſes conſiſte à les conſumer; on ne s'en ſert proprement & directement, que quand on les employe d'une maniere qui fait qu'elles ne ſubſiſtent plus, du moins pour nous, ou qu'elles ceſſent d'être au nombre de nos biens. Cela eſt clair à l'égard du Blé, du Vin, & des autres choſes néceſſaires à la nourriture du corps. Pour l'Argent, on ne ſauroit en rien acheter, ni en payer ſes dettes, ſi on ne l'aliéne, ou ſi l'on ne s'en défait; deſorte que quoiqu'il ſubſiſte entre les mains d'autrui, il eſt comme anéanti par rapport à nous. Lors donc que l'on donne à quelqu'un ces ſortes de choſes pour en faire l'uſage ordinaire, non en forme d'échange, mais à condition qu'il nous les rendra; on ne peut recouvrer que l'équivalent, ou une égale quantité de la même eſpece (2).

Quelles ſont celles qui ſe prêtent le plus ſouvent?

§. III. Les choſes ſuſceptibles de remplacement, dont l'uſage eſt le plus ordinaire dans le commerce, ſont parmi ce que l'on prend au nombre, l'*Argent monnoyé*; parmi ce que l'on prend au poids, l'*Or*, & l'*Argent maſſifs*, le *Pain*; parmi ce que l'on meſure, le *Blé*, le *Sel*, le *Vin*, la *Biére*, l'*Huile*, & en general toutes ſortes de vivres; par exemple, la *Viande*, les *Oeufs*, le *Lait*, & même certaines Bêtes entieres & en vie, conſiderées comme bonnes à manger. En effet, ſi l'on veut donner un repas; & qu'on n'ait pas chez ſoi aſſez de proviſions, ou dequoi en acheter, on em-

(2) Le caractere propre des *choſes ſuſceptibles de remplacement*, eſt qu'elles ſe conſument par l'uſage, comme l'Auteur vient de le dire. Or il y a deux ſortes de *Conſomption*, l'une *naturelle*, & l'autre *civile*. La *conſomption naturelle* a lieu ou en matiere de choſes qui périſſent d'abord par l'uſage, comme celles qui ſe mangent ou ſe boivent; ou en matiere de choſes qui ſont d'ailleurs ſujettes à ſe gâter aiſément, quand même on n'y toucheroit pas, tels que ſont les Fruits des Arbres, &c. car pour celles qui s'uſent inſenſiblement à meſure qu'on s'en ſert, mais qui ne périſſent pas tout-à-fait, comme les Habits, la Vaiſſelle de terre, &c. elles n'appartiennent point ici; & c'eſt une bévuë de Tribonien, d'avoir exclu les Habits du rang de ce qui ſe donne à uſufruit proprement ainſi nommé, Institut. Lib. II. Tit. IV. §. 2. Voyez ci-deſſus. *Liv. IV. Chap. VIII. §. 6. Note 6.* La *conſomption civile* a lieu dans les choſes dont l'uſage conſiſte en ce qu'on les aliéne, quoiqu'en elles-mêmes elles ſubſiſtent toûjours. Tel eſt non ſeulement l'Argent monnoyé, mais encore tout ce que lon troque, comme auſſi ce que l'on donne pour être employé à bâtir, ou pour entrer dans toute autre compoſition & dans tout autre ouvrage. Voyez ci-deſſus, Liv. IV. Chap. VII. §. 10. Sur ce pied-là il y a deux ſortes de *Choſes ſuſceptibles de remplacement*: les unes, qui ſont telles de leur nature & invariablement; les autres, qui dépendent de la volonté arbitraire des Hommes, & d'une deſtination variable. Les premieres ſont celles dont l'uſage ordinaire conſiſte dans leur conſomption ou naturelle ou civile. Je dis, *l'uſage ordinaire*: car quoique l'on puiſſe quelquefois prêter, par exemple, une ſomme d'argent, ſimplement pour la forme ou pour la parade, & une Poutre pour appuyer un échaffaudage: cependant, comme cela eſt rare, on n'y a aucun égard en matiere de Loix, qui roulent ſur ce qui arrive ordinairement. L'autre clauſe de choſes ſuſceptibles de remplacement, renferme celles qui, quoiqu'on puiſſe s'en ſervir & les prêter ſans qu'elles ſe conſument, ſont ſouvent deſtinées à être venduës ou à entrer dans le commerce de quelque autre maniere; enſorte que, ſelon la deſtination de celui de qui on les emprunte, c'eſt tantôt un Prêt à conſomption, & tantôt un Prêt à uſage. Lors, par exemple, qu'un homme qui a une Bibliotheque pour ſon uſage, me prête un Livre, il entend que je lui rende le même Exemplaire; deſorte que, quand je voudrois lui en donner un autre auſſi-bien conditioné, il n'eſt pas obligé ordinairement de s'en contenter. Mais ſi celui, de qui j'ai emprunté un Livre, eſt Marchand Libraire, ou fait une eſpece de trafic de certains Livres, il ſuffit que je lui rende un autre Exemplaire auſſi-bien conditioné; parceque, comme il ne gardoit ce Livre que pour le vendre, il lui doit être indifférent que je lui rende l'Exemplaire même qu'il m'a donné, ou un autre tout ſemblable. Il en eſt de même des autres ſortes de Marchandiſes, hormis celles qui ſont extrêmement rares, ou travaillées avec beaucoup d'art, comme certaines Drogues peu communes, une Montre, des Inſtrumens de Mathématique, une Pompe Pneumatique, ou autres machines à faire des expériences, &c. Car il eſt bien difficile d'en trouver qui ſoient préciſément de même qualité & de même bonté; enſorte qu'elles puiſſent tenir lieu de telle ou telle que l'on a empruntée. J'ai tiré ceci de la Diſſertation de Mr. Thomasius, déja citée pluſieurs fois, *de Pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, Cap. I. §. 16. *& ſeqq.*

pruntera de ſon Voiſin non ſeulement des Oeufs, ou quelques livres de Viande, mais encore du (a) *Poiſſon*, des *Ecreviſſes*, des *Lievres*, des *Poules*, des *Oyes*, des *Moutons* même & des *Veaux*, à condition de lui enrendre autant de même eſpece. On peut auſſi-mettre au rang des choſes ſuſceptibles de remplacement, le *Papier blanc*, entant que les feuilles, quand on y a une fois barbouillé quelque choſe, deviennent inutiles à tout autre qui voudroit y écrire ; & même toute ſorte de Marchandiſes meſurables en general, dont il ſe trouve partout de pareilles d'une égale bonté, & qui étant employées à leur naturel & principal uſage, ne ſauroient être entierement remiſes dans leur premiere forme ; car quoiqu'ordinairement on vende ces ſortes de choſes, on les prête auſſi quelquefois. Suppoſé, par exemple, qu'on ait dans le coffre quelques aunes de *Drap*, que l'on avoit achetées pour en faire un Habit, & qu'un Ami ayant grand beſoin d'un pareil Drap, n'en trouve pas dans ce moment-là ; on peut les lui céder, à la charge qu'il nous en rendra autant, & de la même qualité.

(a) Comme fit *C. Hirrius*, pour le repas du triomphe de *Céſar* Dictateur, *Plin.* Hiſt. Natur. Lib. IX. Cap. LV.

Du *Prêt tacite*.

§. IV. Il y a une eſpece de *Prêt tacite*, qui ſe fait, par exemple, lorſque ſans le ſçavoir on paye à quelqu'un à qui l'on ne doit rien, ou lorſque l'on donne quelque choſe en vûë d'une condition qui manque d'être accomplie (a). Car comme en ces cas-là on ne donne pas gratuitement, mais parceque l'on croyoit devoir, ou à deſſein de recevoir l'équivalent, & que néanmoins celui à qui l'on a délivrée la choſe, en eſt devenu le maître : c'eſt tout de même que ſi on la lui avoit prêtée (1) & on peut la redemander ſur ce pié-là. C'eſt ſur ce Prêt tacite, (2) qui eſt un des *Quaſi-Contracts* du Droit Romain, que ſont fondées l'*action perſonnelle de l'Indû* (3) & l'*action perſonnelle pour Choſe donnée, & Cauſe non enſuivie* (4).

(a) Voyez *Paul. Warnefrid. de geſtis Longobardor.* Lib. III. Cap. 17. au ſujet de l'argent que l'Empereur *Maurice* redemandoit à *Childebert*, Roi de *France*, &c.

Si le Prêt à conſomption eſt une aliénation ?

§. V. Il y a eu une grande diſpute entre SAUMAISE, & quelques Juriſconſultes ſur la queſtion *ſi dans le Prêt à conſomption on aliene la choſe prêtée ?* Pour dire là-deſſus ce que je penſe, il eſt clair que l'uſage ordinaire des choſes que l'on emprunte à condition de rendre l'équivalent, conſiſtant dans la conſomption ; le Créancier, en les délivrant au Débiteur, doit lui donner en même tems plein-pouvoir d'en diſpoſer : ce qui ne peut ſe concevoir ſans un droit de Proprieté. Cependant comme l'un ne donne qu'à la charge de recouvrer l'équivalent, & que l'autre ne reçoit qu'avec promeſſe de rendre, les biens du Débiteur ne ſont point cenſez augmentez par-là, ni ceux du Créancier diminuez. Tout ce qu'il y a, c'eſt que le dernier en la place de ſon bien, acquiert action perſonnelle contre le Débiteur, ou le droit de le pourſuivre en Juſtice ; ce qui à cauſe de la peine que l'on peut avoir à ſe faire payer, & des riſques que l'on court de ne l'être pas, eſt regardé comme une acquiſition moins conſidérable que la poſſeſſion de la choſe dont on ſe dépouille par le Prêt. De-là vient que comme d'un côté les Dettes actives ſont partie des biens d'une perſonne, de l'autre chacun n'a qu'autant qu'il lui reſteroit, toutes dettes payées : deſorte que ſi un homme doit plus qu'il n'a vaillant, (a) on peut dire qu'il a moins que rien. En un mot, quand on prête de l'argent, on aliéne à la verité les eſpeces que l'on donne ; mais enſorte que l'on

(a) Voyez ce que dit *Jul. Céſar* de lui-même, dans *Appien*, *de Bell. Civil.* Lib. II. pag. 432. B. *Edit. H. Steph.*

§. IV. (1) Il n'eſt nullement néceſſaire de ſuppoſer ici un prêt tacite ; la nature même de l'affaire montre aſſez la néceſſité de la reſtitution, comme il paroît par ce que l'Auteur même dit. Que s'il ſuffit de rendre l'équivalent, il ne s'enſuit pourtant pas que ce ſoit en vertu d'un Prêt tacite : mais c'eſt que la choſe donnée ne peut être renduë autrement, ou que même il eſt indifférent de recouvrer la choſe même en eſpece, ou l'équivalent. Voyez ce que j'ai dit ſur les *Quaſi-Contracts* dans pluſieurs Notes ci-deſſus, entr'autres ſur Liv. IV. Chap. XIII. §. 13. *Note* 5.

(2) Les Juriſconſultes l'appellent *Promutuum*. Voyez CUJAS, Obſerv. VIII. 33.

(3) On a expliqué ces termes de Juriſprudence, dans les Notes ſur Liv. IV. Chap. IX. §. 4.

(4) L'Auteur faiſoit ici en paſſant, une remarque qui ſera mieux placée dans une Note ſur le dernier paragraphe de ce Chapitre.

ne prétend ni rien ajoûter aux biens de celui qui emprunte (1), ni rien diminuer des ſiens propres.

§. VI. Il eſt plus important de bien décider une autre queſtion que l'on fait ici, ſavoir, *ſi (1) lorſqu'entre le tems du Prêt & celui du Payement il arrive du changement dans la Monnoye, on doit rendre l'argent que l'on avoit emprunté, ſur le pié de ce qu'il valoit au moment du Contract conclu, ou bien à raiſon de ce qu'il vaut au tems du payement?* La plûpart des Juriſconſultes diſtinguent entre la *bonté intrinſeque*, & la *bonté extrinſeque* de la Monnoye: dont la premiere dépend de la qualité ou de la quantité d'alloi; & l'autre, de la valeur que le Magiſtrat attache aux eſpeces. Lorſqu'il arrive du changement à l'égard de la premiere, c'eſt-à-dire, lorſque l'on dimi-

S'il faut avoir égard au *changement de la valeur intrinſeque de la Monnoye*, arrivé depuis qu'on a prêté de l'argent?

§. V. (1) C'eſt-à-dire, que, comme le remarque très-bien Mr. La Placette, dans ſon *Traité de l'Intérêt*, Chap. XII. page 133. ſi celui qui prête transfere à l'autre la Proprieté de la choſe même en eſpece, il s'en reſerve néanmoins la valeur. Or cette valeur ſubſiſte toûjours. On ſçait où elle eſt. On voit bien qu'elle ſe trouve entre les mains du Debiteur: mais il eſt clair auſſi, que le Débiteur n'en eſt pas le maître. Si cela étoit, il pourroit en diſpoſer abſolument à ſa fantaiſie: il pourroit la donner, la diſſiper, la jouer; ce qui certainement ne lui eſt pas permis. Le Créancier, au contraire, peut en faire préſent au Débiteur même, ou à quelque autre; il peut ſe la faire rendre, la céder, la dépenſer, en un mot en diſpoſer comme bon lui ſemble. Voyez le reſte de ce Chap. & du précédent, dans le Traité d'où j'ai tiré ceci. Notre Auteur remarquoit, que c'eſt pour cela qu'en Latin une Dette, ou l'argent que l'on emprunte, s'appelle *æs alienum*, comme qui diroit *argent d'autrui:* non que le Débiteur n'acquiert pas la Proprieté des eſpeces qu'il reçoit, mais parceque'il ne l'acquiert qu'à la charge d'en rendre autant de même valeur. Au contraire, un homme qui ne doit rien, peut dire: *Meo ſum dives in ære.* Au reſte, pour ce qui eſt des idées du Droit Romain ſur cette matiere, où le docte Saumaise s'embarraſſa furieuſement, on a pluſieurs Piéces écrites contre lui par Wissenbach, Vandergoes, Fabrot, &c. On peut voir ce que dit là-deſſus, en peu de mots, mais ſuffiſamment, Mr. Schulting, *Notæ in Juriſprud. Ante-Juſtinian.* page 147. & Mr. de Bynkershoek, *Opuſcul. De Rebus Mancipi*, Cap. IX. *in fin.*

§. VI. (1) Les décisions de notre Auteur, ſur cette queſtion, ne ſont ni conformes au Droit Romain, quoique les Interprêtes qu'il a ſuivi le prétendent; ni fondées, en tout & par tout, ſur les principes du Droit Naturel. Je vais expoſer dans cette Note & les ſuivantes, ce qui me paroît vrai & raiſonnable, après un nouvel examen. Pour commencer par le Droit Romain, il eſt certain que ſelon les anciens Juriſconſultes la *Monnoye* eſt une *choſe incorporelle*, dont l'eſtimation ne dépend ni de la valeur intrinſeque des eſpeces, ni de leur nombre ou de leur dénomination; mais du prix qui y eſt attaché par Autorité publique, à moins qu'il ne paroiſſe manifeſtement, que l'intention des Parties a été de conſidérer les eſpeces comme autant de *corps* particuliers d'une certaine matiere, d'une certaine qualité, & d'un certain poids. *Eaque materia, formâ publicâ percuſſa, uſum dominumque non tam ex* Substantia *præbet, quàm ex* Quantitate. Digest. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. I. *princip. Sive in pecuniâ non* corpora *cogitet, ſed* Quantitatem. Lib. XLVI. Tit. III. Leg. XCIV. §. 1. De-là il s'enſuit, qu'on peut, quand on n'en eſt pas autrement convenu, donner d'autres eſpeces que celles qu'on a reçuës, de petites pour de plus grandes, de l'Or pour de l'Argent, &c. Auſſi voyons-nous, que dans les *Stipulations*, où l'on obſervoit ſi rigoureuſement la lettre des termes & des formules, c'étoit néanmoins tout un de promettre *vingt-cinq deniers* d'argent, ou un *Ecu* d'Or (*Aureus*) quoique celui à qui l'on promettoit n'eût parlé que des premieres piéces, qui égaloient la valeur de la derniere ſeule: *Nam ſtipulanti* denarios, *ejuſdem quantitatis* aureos *ſpondendo, obligaberis*, &c. Lib. XLV. Tit. I. *De Verbor. obligat.* Leg. LXV. §. 1. Voyez Franc. Hotoman, *Quæſt. Illuſtr.* XV. & Mr. de Bynkershoek, *Obſ.* I. 9. Cela étant, on doit auſſi dire, que ſoit que la *valeur intrinſeque* des eſpeces ait changé, ou la *valeur extrinſeque*, celui qui paye la ſomme empruntée ſelon la valeur d'aujourd'hui, rend la *même* choſe; puiſque c'eſt cette valeur, & non la ſubſtance des eſpeces, quelles qu'elles ſoient, qui faiſoit la matiere du Contract. Qu'un écu, par exemple, de même forme que ceux d'autrefois ſoit de moindre alloi, ou péſe moins, pourvû qu'il vaille autant dans le commerce, c'eſt tout un pour celui qui l'avoit prêté. Que ſi l'alloi ou le poids demeurant les mêmes quand on vient à en hauſſer ou baiſſer la valeur, celui qui a prêté un écu valant alors cinquante ſols, prétendoit qu'on le lui rendit en eſpece, depuis qu'il en vaut ſoixante, il demanderoit dix ſols de plus qu'il n'a donné; & celui au contraire qui voudroit le rendre en eſpece, lorſque de ſoixante ſols qu'il valoit il a été réduit à cinquante, garderoit dix ſols pardevers lui. A conſidérer maintenant le Droit Naturel, je ne vois rien là qui y ſoit contraire. Le Souverain peut certainement régler la valeur des Monnoyes, comme il le juge à propos, tant que ſon pouvoir à cet égard n'eſt point reſtreint par quelque Loi Fondamentale. Il fait mal ſans doute lorſqu'il en abuſe, & qu'il change les Monnoyes, ſans que le bien de l'Etat le demande. Mais en ce cas-là même chaque Sujet peut gagner auſſi-bien que perdre à ce changement, & gagner d'un côté pendant qu'il perd de l'autre, dans les diverſes affaires de la vie. Il y avoit moyen d'ailleurs de ſe précautionner contre la perte, en ſtipulant que le Créancier nous rendit non la *valeur*, mais telles ou telles eſpeces; à moins que cela ne ſuive de la nature même de la choſe, comme je montrerai ci-deſſous que cela a lieu dans le Prêt gratuit, indépendamment des Loix Civiles. En un mot, il y a ici du hazard, comme quand la valeur de l'argent change à cauſe de ſon abondance, ou de ſa rareté, comparée avec les autres choſes.

nue quelque choſe de l'alloi ou du poids des eſpeces ( car le changement ne ſe fait guéres qu'en pis ) ; il faut, ſelon eux, rendre l'argent prêté ſur le pié de ce qu'il valoit dans le tems qu'on l'a reçu ; car, diſent-ils, on eſt convenu tacitement, que le Débiteur rendroit non ſeulement une choſe de même ſorte, mais encore de pareille bonté ; (2) autrement ce ne ſeroit pas la même quantité. Si donc la valeur intrinſeque de la Monnoye nouvellement frappée, eſt diminuée d'un quart, celui qui a reçu cent écus en anciennes eſpeces, en doit rendre cent vint-cinq des nouvelles. Au contraire, ſi l'on avoit emprunté cent piéces, dont l'alloi fût moitié cuivre, & qu'en refondant cette monnoye on l'eût faite toute d'argent, il ne faudroit rendre que cinquante piéces ; car, quoique le Souverain ait droit de hauſſer ou de baiſſer la valeur des eſpeces de même alloi ; cependant, lorſque cette valeur extrinſeque eſt fort différente de l'intrinſeque, le prix des Marchandiſes ſe régle ſur la derniere, (3) plûtôt que ſur la premiere, ou ſur le nom des eſpeces ; d'autant plus que ſans cela on réduiroit le commerce avec les Etrangers à de ſimples échanges. Ainſi, ſuppoſé que l'alloi de la Monnoye ſoit diminué d'un quart,

(2) *Cùm quid mutuum deberimus, etſi non carimus,* ut æquè bonum nobis redderetur, *non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit, reddere, velùti, vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſt: id autem agi intelligitur, ut ejuſdem generis, & eadem bonitate ſolvatur, qua datum ſit:* DIGEST. Lib. XII. *De rebus creditis*, &c. Leg. III. Mais la bonté dépend ici de la valeur, & c'eſt la même valeur qu'on rend, ainſi qu'il paroît par la Note précédente. On dit encore ici, que ſi l'argent fût demeuré entre les mains du Créancier, il n'auroit rien perdu à la détérioration des eſpeces ; & on allégue là-deſſus cette Loi. *Alienatio quum ſit, cum ſua cauſa dominium ad alium transferimus, quæ eſſet futura, ſi apud nos ea res manſiſſet: Idque toto Jure Civili ita ſe habet, præterquam ſi aliquid nominatim ſit conſtitutum.* DIGEST. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* &c. Leg. LXVII. Mais le Juriſconſulte POMPONIUS, de qui ſont ces paroles, veut dire ſeulement, que quand on aliéne une choſe, on ne s'engage qu'à la remettre telle qu'elle eſt alors avec toutes les charges & incommoditez auſquelles elle eſt ſujette ; à moins qu'on n'ait, par exemple, vendu un Fonds, en le donnant pour être dans l'état le plus avantageux qui ſe peut ſouhaiter, ſelon la formule uſitée, *Ita ut optimus maximuſque eſt*, qui ſe trouve dans la Loi LIX. du même Titre : car ces deux Loix ont enſemble un rapport manifeſte ; l'une rend raiſon de l'autre, comme le remarque le grand CUJAS, ſur la derniere, *Tome* VII. *Opp. Edit. Fabrott.* page 756, 757. Ainſi il n'y a rien là qui faſſe à notre ſujet. Celui qui prête de l'argent, transfére la Proprieté des *Eſpeces ;* mais il n'*aliéne* point la *valeur*, & c'eſt ſur cette valeur que roule le Contract. Or elle eſt toûjours la même, quelque changement qui ſoit arrivé aux Eſpeces, ſelon ce que nous venons de dire.

(3) C'eſt ce que l'on prouve ordinairement par la Loi ſuivante : *Pro imminutione, quæ in eſtimatione ſolidi fortè tractatur, omnium quoque pretia ſpecierum decreſcere oportet.* COD. Lib. XI. Tit. X. *De vet. numiſmatis poteſtate*, Leg. II. Mais il s'agit là d'autre choſe. On peut voir ſur cette Loi obſcure, le docte J. FRIDERIC GRONOVIUS, dans ſon excellent Traité *De Pecunia Vetere*, *Lib.* IV. Cap. XIII. XIV. & l'illuſtre Mr. de BYNKERSHOEK, *Obſervat.* Lib. II. Cap. 22. Pour ce qui eſt de la choſe en elle-même, on ne ſçauroit nier, que le changement des Monnoyes ne faſſe changer le prix des Marchandiſes & Denrées, ſurtout de celles qui viennent des Païs Etrangers ; & qu'ainſi le Créancier ne perde réellement, à cet égard, lorſque le Débiteur lui rend la même valeur des nouvelles Eſpeces, qui ſont ou de moindre alloi, ou rehauſſées au-delà de l'ancien prix. Mais le Droit Civil n'a aucun égard à cette perte, pour les raiſons alléguées ci-deſſus, *Note* 1. A l'égard du Droit Naturel, il faut diſtinguer à mon avis, ſi le Prêt eſt purement gratuit, ou ſi l'on prête à intérêt. Dans le premier cas il me ſemble que le Créancier ne doit rien perdre pour avoir fait plaiſir au Débiteur. C'eſt bien aſſez qu'il ſe ſoit paſſé de ſon argent, dont il auroit pû tirer du profit en pluſieurs manieres. Peu de gens voudroient prêter de cette maniere, s'ils prévoyoient le changement des Monnoyes, à moins que le Débiteur ne s'engageât à les dédommager de la perte qu'il y auroit pour eux en ce cas-là. Et on ne peut pas dire ici, que c'eſt leur faute s'ils ne l'ont pas ſtipulé expreſſément, parceque la nature même de l'affaire les en diſpenſe. Un ſervice gratuit ne doit pas être étendu au-delà des charges & incommoditez auſquelles celui qui le rendra a voulu manifeſtement s'aſſujettir. Or que veut ici le Créancier ? Accorder au Débiteur l'uſage de ſon argent, & pas d'avantage. Il ne s'engage pas plus à ſouffrir la perte qui peut arriver par une ſuite du changement des Monnoyes, que celle que le Débiteur fera ſi on lui vole l'argent prêté, ou qu'il ait du malheur dans les affaires auſquelles il l'employera. Et lorſque celui-ci s'en eſt ſervi utilement, il auroit encore plus mauvaiſe grace de prétendre que la perte, d'où qu'elle vienne & en quoi qu'elle conſiſte, tombât ſur ſon bienfacteur. Mais il n'en eſt pas de même quand on prête à intérêt. Chacun cherche alors ſon avantage, & trouve ſon compte dans le Contract ; ainſi c'eſt tant pis pour l'un, & tant mieux pour l'autre. Il n'y a pas plus de raiſon, pourquoi l'un perde ou gagne, que l'autre. Dès-là que ni le Créancier, ni le Débiteur, n'ont rien dit ſur la qualité des Eſpeces dans leſquelles l'argent ſeroit rendu, ils peuvent être cenſez n'avoir entendu parler que de la valeur courante, & s'être remis au hazard pour la perte ou le gain qui en reviendroit à l'un des deux.

quart, il faudra donner cent vint-cinq Ecus d'une marchandiſe, que l'on pouvoit avoir auparavant pour cent Ecus. Deſorte que, ſi celui à qui j'avois prêté cent Ecus de l'ancienne Monnoye, ne m'en rendoit pas davantage de la nouvelle, je recevrois véritablement un quart de moins que je ne lui ai donné.

Si l'on doit avoir égard à la *valeur extrinſeque* des eſpeces? De l'augmentation ou la diminution du prix des autres choſes ſuſceptibles d'équivalent.

§. VII. MAIS lorſque, ſans rien changer à la valeur intrinſeque, on augmente ou l'on diminue la valeur extrinſeque des eſpeces, ces mêmes Auteurs prétendent que l'on doit ſe régler ſur ce qu'elles valoient au tems du Contract, & qu'ainſi l'augmentation ou la diminution ſont au profit ou aux périls du Débiteur. Si, par exemple, l'on a prêté cent Ecus en eſpece, qui valoient alors quarante-huit Sous, & qui ont été mis depuis à cinquante-deux; le Débiteur, qui paye en petite monnoye, n'eſt obligé de donner que quarante-huit Sous pour un Ecu; & s'il paye en Ecus, il peut rabattre quatre Sous par Ecu: deſorte qu'il ne doit rendre que quatre-vingt-douze Ecus en eſpece. Au contraire, ſi les Ecus ne valoient plus que quarante-quatre Sous, il faudroit qu'il comptât quatre Sous de plus par Ecu en petite monnoye, & cent huit Ecus en eſpece. Mais cette déciſion ne me paroît pas hors de toute difficulté; car dans le premier cas le Créancier peut répondre, (1) que s'il eût gardé ſes Ecus il auroit profité du rehauſſement de cette monnoye; & qu'ainſi le Débiteur s'enrichit à ſon détriment. Le Débiteur, à ſon tour, fera la même plainte dans l'autre cas. Il faut donc ici examiner encore, ſi l'on a prêté à la charge que le Débiteur rendroit en eſpece autant d'Ecus, par exemple, qu'il en a reçu, ou bien ſi on les lui a donnez ſimplement ſur le pié de monnoye courante. De-plus, ſi la valeur de toutes les eſpeces a été changée, ou ſeulement celle d'une ſorte de Monnoye. Dans le premier cas, il faut ſans contredit rendre le même nombre d'eſpeces; dans le ſecond, la déciſion dont nous venons de parler a lieu; d'où vient que pour l'ordinaire, quand on prête de cette maniere cent Ecus, on en ſpécifie la valeur en une autre ſorte d'eſpeces, & l'on ajoûte, par exemple, cent Ecus valant quarante-huit Sous. Pour le troiſiéme cas, c'eſt-à-dire, lorſque la valeur de toute la Monnoye en général vient à changer, ſelon la rareté ou l'abondance des autres choſes, il faut en juger par les principes que j'ai (a) établis ci-deſſus; quoique juſqu'ici ce ne (2) ſoit guéres l'uſage d'avoir égard à ce changement général de la valeur des Monnoyes, dans le payement des Dettes contractées auparavant. Enfin, au ſujet du quatriéme cas, il faut remarquer, que quand la valeur extrinſeque d'une ſeule ſorte de Monnoye eſt rehauſſée, ſans aucune augmentation de la valeur intrinſeque, cela vient ordinairement de ce que les autres eſpeces ont ſouffert (3) quelque détérioration. Par exemple, lorſque les Ecus qui valoient quarante-huit Sous ſont mis à cinquante-deux, ſans qu'on ait fait le moindre changement dans la qualité de l'alloi ou dans le poids des Ecus, c'eſt une marque que la bonté intrinſeque des Sous eſt diminuée. Deſorte que ſi l'on avoit prêté cent Ecus en eſpece, & que le Débiteur voulût nous payer en Sous, il faudroit qu'il nous donnât cinquante-

(a) Chap. I. §. dernier de ce Livre.

§. VII. (1) C'eſt auſſi ce que diſent d'autres Auteurs, dont les principes ſont mieux liez. Notre Auteur ſuit ici comme ailleurs, STRUVIUS *Exerc.* XVI. §. 30. & *ſeqq.* Voyez les *Obſerv. ad Lauterbach.* de feu Mr. TITIUS, Obſ. 311.

(2) Il n'y a rien non-plus qui oblige ici à avoir égard à ce changement, tant qu'on ne l'a pas ſtipulé d'avance. Voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XII. §. 17. *Note* 5.

(3) Je ne ſçai à quoi penſe Mr. HERTIUS, de dire que le Texte eſt ici tout corrompu dans toutes les Editions. Il eſt vrai qu'il y a *valore agetur*, pour *augetur*, dans les Editions de *Suede* & de *Francfort*: mais la faute eſt ſi manifeſte, qu'elle a été corrigée dans l'Edition de *Hollande* de 1688. & Mr. HERTIUS auroit pû la corriger ſans ſcrupule dans la ſienne. Pour ce qu'il prétend ajoûter un mot, & lire ainſi: *Quando unum monetæ genus valore augetur* OB *reliquam monetam*, &c. j'avouë que je n'en vois pas la raiſon, & il me ſemble au contraire qu'il n'y a plus de ſens ni de ſuite dans le diſcours de l'Auteur.

deux Sous pour un Ecu, & non pas quarante-huit. Mais ſi l'on avoit prêté en monnoye courante, l'augmentation des eſpeces ſeroit au profit du Débiteur; à moins que la ſomme prêtée ne fût fort groſſe, ou le rehauſſement de la Monnoye exceſſif.

Pour les autres choſes ſuſceptibles d'équivalent, pourvû qu'on les rende au terme & au lieu réglé, on n'a aucun égard à l'augmentation ou à la diminution de prix ſurvenu depuis le Prêt; mais le profit & la perte ſont pour le Prêteur, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu. Mais ſi l'Emprunteur eſt en demeure de rendre, (4) & que depuis ce retardement la choſe vienne à changer de prix; la perte eſt toute pour lui (5).

Sentiment des Docteurs Juifs ſur les *Intérêts.*

§. VIII. Une autre queſtion, que l'on agite ici avec beaucoup de chaleur, c'eſt celle qui concerne les Intérets que le Débiteur donne ordinairement au Créancier (1). La Loi Divine de *Moïſe* (a) défendoit aux *Hébreux* de prendre aucun intérêt de ceux de leur (2) Nation; mais elle le leur permettoit à l'égard des Etrangers. Et voici comment les Docteurs (b) Juifs expliquent cette Loi. Selon eux, d'Hébreu à Hébreu il étoit illicite non ſeulement de prendre intérêt, mais encore de le donner, & même de ſervir d'Entremetteur, de Sécretaire, de Notaire, ou de Témoins, dans un Contract de Prêt à uſure. On pouvoit néanmoins placer l'argent d'un Pupille chez quelque homme riche, qui s'engageât à lui donner une partie du profit qu'il en retireroit, & à prendre toute la perte ſur ſon compte. Or ils diſtinguent deux ſortes d'*Intérêts;* les uns proprement ainſi dits, qui ſont ſtipulez ou reçus pendant le tems du Contract; les autres indirects (c), & qui ſelon eux, n'étoient illicites qu'en vertu des Déciſions de leurs Ancêtres. On déſobéït à la Loi Divine, qui défend les premiers, non ſeulement lorſqu'on reçoit plus que l'on n'avoit prêté d'une choſe de même eſpece; mais encore, ſi en conſidération du Prêt l'Emprunteur laiſſe demeurer le Prêteur dans ſa

(a) *Exod. XX I,* 25. *Levit. XXV,* 37. *Deuter. XXIII,* 19, 20.

(b) *Selden. de Jur. Nat. & Gent. ſecund. Hebr.* Lib. VI. Cap. IX.

(c) Ils appelloient ceux-ci *la poudre de l'Uſure.*

(4) Il y a (dit ici notre Auteur) une grande diſpute entre les Interprêtes du Droit Romain, ſur le tems & le lieu dont on doit ſuivre l'eſtimation, quand le Débiteur de ces ſortes de choſes eſt en demeure de les rendre. Et l'embarras vient de la Loi ſuivante: *Vinum, quod mutuum datum erat, per Judicem petitum eſt: quaſitum eſt cujus temporis æſtimatio fieret..... Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet: ſi non, quanti tunc cùm petitum eſſet. Interrogavi, cujus loci pretium ſequi oporteat? Reſpondit, ſi conveniſſet, ut certo loco redderetur, quanti eo loco eſſet: ſi dictum non eſſet, quanti ubi eſſet petitum.* DIGEST. Lib. XII. Tit. I. *De rebus creditis,* &c. Leg. XXII. Voyez auſſi Lib. XIII. Tit. III. *De conductione triticaria,* Leg. IV. & Tit. IV. *De eo quod certo loco dari oportet,* Leg. III. auſquelles on renvoyoit encore ici Mr. VANECK, dans ſes *Principia Juris Civ.* ſur le titre d'où cette Loi XXII. eſt tirée, la trouve très-difficile. Lui & d'autres font à qui mieux mieux pour concilier le Juriſconſulte de qui elle eſt, avec les autres. MARC LYCKLAMA, Juriſconſulte Friſon, a écrit là-deſſus un Livre entier imprimé à *Levvaerden,* en 1644. EDMOND MERILLE, *Var. ex* CUJAC. Lib. I. Cap. 17. fait voir que le grand CUJAS a varié ſur l'explication de cette fameuſe Loi: & pour lui, il ſuit l'opinion qui ſuppoſe, qu'il s'agit là d'une ſorte d'Action perſonnelle que les Juriſconſultes appellent *Condictio Triticiaria.* Mais Mr. NOODT, dans ſon Commentaire, *page* 305. avouë de bonne foi, qu'il ne ſçait ce que c'eſt que cette Action: aveu par où il témoigne une liberté d'eſprit & une modeſtie fort rare, mais digne de ſon érudition & de ſon bon goût.

(5) Comme d'autre côté, c'eſt tant pis pour le Créancier s'il n'a pas voulu recevoir l'argent quand le Débiteur étoit tout prêt de le lui compter. Cela eſt fondé & ſur le Droit Naturel, & ſur les Principes du Droit Civil. *Unicuique ſua mora nocet.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſ. Reg. Jur.* Leg. CLXXIII. §. 2.

§. VIII. (1) Il faut, ajoûtoit notre Auteur, examiner cette queſtion avec d'autant plus de ſoin, que la plûpart des gens d'aujourd'hui ne ſont pas du ſentiment des anciens *Perſes,* qui au rapport de PLUTARQUE (*De vitando ære alieno,* page 829. C. *Edit. Wech.*) tiennent le Menſonge pour le plus grand des péchez, après celui qui conſiſte à emprunter de l'argent; parcequ'il arrive ſouvent aux Débiteurs de mentir. HERODOTE Lib. I. C. 138. met le Menſonge au premier rang: en quoi il a plus de raiſon, ſelon notre Auteur, qui pouvoit bien néanmoins ſe paſſer de rapporter ce Paſſage, puiſque la queſtion dont il s'agit, ſe rapporte directement au Prêteur, & nullement à l'Emprunteur.

(2) Cela eſt certain, & DIEU l'avoit défendu pour des raiſons particulieres dont l'Auteur traite plus bas. Ainſi rien n'eſt plus ridicule que le zéle aveugle & malin de quelques Auteurs Modernes, qui pour faire voir d'ailleurs qu'ils ont tout lû, viennent jetter de la poudre aux yeux de la Populace, en citant le THALMUD, & des Rabbins Eſpagnols, qui expliquent à la rigueur la Loi du DEUTERONOME, XXIII, 19. Je parlerai ci-deſſous, dans la *Note* 6. ſur le §. 9. du paſſage de *St.* LUC, VI. 35.

Maiſon ou dans ſa Métairie, ſans lui demander aucune rente, juſqu'à ce qu'il lui ait payé la dette, ou s'il lui loue ſa Maiſon ou ſa Métairie à meilleur marché qu'il ne pourroit la louer à un autre; ou s'il lui donne en gage une choſe, pour en retirer les fruits pendant tout le tems de la dette. Cependant on n'étoit point ſujet à recevoir des coups pour avoir pris quelque intérêt d'une choſe prêtée, comme les Juges y condamnoient ordinairement ceux qui violoient les autres Loix Divines; il falloit ſeulement reſtituer ces intérêts. Mais les Héritiers n'y étoient point tenus à l'égard de l'argent, & des autres choſes ſuſceptibles de remplacement: on ſe contentoit, que pour l'honneur du Défunt ils rendiſſent les Vaiſſeaux, les Habits, les Outils, les Meubles, & les Bêtes acquiſes à titre d'intérêt, qui ſe trouvoient encore en nature, & cela même ſuppoſé que le Défunt eût eu quelque remors & quelque penſée de reſtituer avant ſa mort. Il étoit auſſi défendu aux perſonnes ſans Lettres, de recevoir le moindre préſent d'un Débiteur, tant que celui-ci ne s'étoit point acquitté. Mais les Docteurs de la Loi avoient cette permiſſion, parcequ'on préſumoit que des gens ſi verſez dans l'étude de la Loi, qui défend le Prêt à uſure, n'avoient garde de la violer, & qu'ils recevoient ces préſens comme un ſimple effet de l'honnêteté ou de la libéralité de leur Débiteur. A l'égard de l'*Uſure indirecte*, elle comprenoit toute ſorte d'émolument & de reconnoiſſance que le Créancier recevoit du Débiteur, dans quelque vûë que ce fût qui ſe rapportât au Prêt, hors du tems que duroit le Contract, ou de l'intervalle qu'il y avoit entre le moment du Prêt & le terme du payement: c'eſt-à-dire, non ſeulement les préſens faits au Créancier, afin de l'obliger à prolonger ce terme; mais encore tout ce qu'un homme, qui avoit deſſein d'emprunter quelque choſe d'un autre, lui donnoit gratuitement avant que de lui rien demander, pour l'engager par-là à vouloir bien lui prêter; car on étoit ſi rigide là-deſſus, que de défendre abſolument à un Débiteur tout office même d'Humanité & de Civilité envers ſon Créancier, à moins que le commerce de ces ſortes de ſervices ne fût déja auparavant lié entr'eux. On tenoit auſſi pour une Uſure indirecte, d'acheter d'une perſonne qui faiſoit cette propoſition: *Demain vous n'aurez cette Marchandiſe que pour cent Sicles; mais ſi vous la prenez aujourd'hui, je vous la donnerai pour quatre-vingt-dix;* car, diſoit-on, ſur ce pié-là l'Acheteur gagne dix pour cent d'intérêt. Il n'étoit pas non-plus permis à un homme qui avoit une Terre en gage, de la relouer au Proprietaire même, moyennant une certaine rente; car cette rente ſembloit tenir de l'Uſure. On n'étoit pourtant pas obligé de reſtituer ce que l'on avoit profité d'une Uſure indirecte, & le Débiteur n'avoit point action en Juſtice pour le répéter: le Créancier, qui avoit violé par-là les réglemens des Ancêtres, étoit ſeulement battu, ou puni de quelque autre maniere. Au reſte, tout ce que nous avons dit n'avoit lieu que d'Hébreu à Hébreu: car pour les Payens on croyoit que la Loi (d) permettoit non ſeulement de leur prêter à intérêt, mais qu'elle l'ordonnoit même, afin d'appauvrir & d'affoiblir ces Peuples que la Juſtice Divine avoit deſtinez à périr ſans miſericorde. Un Rabbin (e) prétend néanmoins, que cela doit s'entendre des *ſept Nations Cananéennens*, & non pas des autres Peuples; mais que les miſeres d'une longue Captivité, qui a dépouillé les *Juifs* de leurs poſſeſſions, & qui ne leur laiſſe pas d'autre voye plus honnête pour amaſſer du bien, les ont réduit à agir contre l'ordonnance de la Loi. Et pour ce qu'on publie, que les *Juifs* font ſerment tous les jours de tâcher de tromper les *Chrétiens*, il ſoûtient que c'eſt une pure calomnie inventée pour les rendre odieux à tout le monde.

(d) *Deuter.* XXIII, 19.

(e) *Leon de Modéne*, Cerem. des Juifs, Part. II. C. V.

Le Prêt à uſure n'eſt contraire ni

§. IX. Il s'agit maintenant de voir, ſi ces maximes, débitées & obſervées autrefois

au Droit Naturel, ni au Droit Divin Poſitif & Univerſel.

par les *Juifs* avec tant de ſoin, ſont de Droit Naturel; ou du moins de Droit Divin Poſitif, mais qui oblige tous les Peuples ſans exception? Il eſt clair qu'il y a là bien des choſes ajoûtées par les Docteurs Juifs, en vûë de prévenir les artifices dont on auroit pû s'aviſer pour éluder la Loi; déciſions qui par conſéquent ne ſont que de Droit Poſitif. Mais pour ce qui regarde le Prêt à (1) uſure, conſidéré en lui-même, je ſoûtiens, que s'il n'eſt point accompagné d'extorſion ni d'inhumanité envers les Pauvres, & qu'il n'excede pas le profit que le Créancier auroit pû retirer lui-même de ſon argent, ou celui que le Débiteur en fait, ſurtout lorſque l'on prête à des gens qui empruntent pour le gain plûtôt que par néceſſité: il n'a rien de contraire, ni au Droit de Nature, ni au Droit Divin Poſitif & Univerſel; deſorte que, ſi la Loi de *Moïſe* le défendoit de Juif à Juif, c'étoit pour des raiſons particulieres qui avoient leur fondement dans la conſtitution de l'Etat & du Peuple d'Iſraël. Les Rabbins (a) tombent d'accord, qu'en prenant intérêt on ne commet point de Larcin, ce Contract étant fondé ſur un libre conſentement des Parties; & par conſéquent que l'Intérêt n'eſt pas en ſoi contraire au Droit Naturel. Mais la conſidération de la choſe même nous fournit dequoi le prouver aſſez clairement; car, quoique la Loi de DIEU engageât les *Juifs* à s'aimer entr'eux d'une façon très-particuliere & très-étroite, ils n'étoient pas pour cela diſpenſez de pratiquer envers tous les autres Hommes, de quelque Nation qu'ils fuſſent, (2) les Devoirs généraux de la Loi. Et JUVENAL cenſure avec raiſon ceux qui témoignoient par leur conduite, qu'ils étoient dans une toute autre opinion, *Qu'un Voyageur*, dit-il (3), *les prie de leur montrer le chemin, ou qu'étant alteré, il leur demande où il peut aller boire; c'eſt en vain, s'il n'eſt Juif & circoncis*. Or ſi tout intérêt que l'on prend d'un Débiteur eſt contraire à la Loi Naturelle, je ne vois pas comment DIEU, qui eſt la Sainteté même, auroit pû permettre expreſſément, & recommander, pour ainſi dire, à un Peuple qu'il s'étoit choiſi pour le rendre ſaint d'une façon toute particuliere, de violer cette maxime du Droit Naturel envers des gens qui ne lui avoient fait aucune injure: car la Loi du (b) DEUTERONOME regarde tous les Peuples ſans exception, & non pas ſeulement les *Cananéens* (4). Diſons donc, que DIEU défendoit de prêter à uſure de Juif à Juif, pour

(a) Voyez *Selden*, *ubi ſuprà*.

(b) Chap. XXIII, 20. Voyez là-deſſus Mr. *Le Clerc*.

§. IX. (1) Je me ſers ici du mot d'*uſure*, pour éviter la cacophonie du *Prêt à intérêt*. Mais quelques Auteurs, qui par un reſte de Papiſme, déclament contre l'opinion reçuë des Théologiens & Juriſconſultes Proteſtans, ont affecté malicieuſement d'employer toûjours le mot d'*Uſure* ſeul, & de dire, par exemple, *l'Uſure eſt permiſe*, ou *n'eſt pas permiſe*; parceque ce terme eſt devenu odieux, à cauſe de l'abus qu'on n'a que trop fait du Contract très-innocent en lui-même, qui eſt originairement déſigné par-là.

(2) Cela paroît par la Loi même de *Moïſe*; car elle défend d'opprimer l'Etranger, & de lui faire aucun tort. EXOD. XXII, 21. XXIII, 9. DEUTERON. XXIII, 7. XXVII, 19. Voyez Mr. NOODT, *De Fænore & Uſuris*, Lib. I. Cap. X.

(3) *Non monſtrare vias, eadem niſi ſacra colenti;*
*Quæſitum ad fontem ſolos deducere verpos.*
Satyr. XIV. verſ. 103, 104.

J'ai ſuivi la Verſion du P. TARTERON.

(4) Si cela étoit, dit Mr. LA PLACETTE, dans ſon *Traité de l'Intérêt*, page 86. DIEU n'auroit pas excepté les pauvres Etrangers, comme il ne les excepte pas parmi ceux qu'il condamne à être exterminez ſans rémiſſion. Voyez LEVIT. XXV, 35, 36. Mais quoique DIEU n'approuvât pas ſans doute que l'on prît quelque interêt de tout Etranger pauvre à qui l'on prêtoit de l'argent, il ne le défend formellement nulle part. Car la Loi que l'on cite ici, regarde les Proſelytes qui étoient comme naturaliſez, & qui jouiſſoient des mêmes priviléges que les *Hébreux*. Voyez EXOD. XII, 48. *& ſuiv.* NOMBRES XV, 14, *& ſuiv.* & Monſieur NOODT, *ubi ſuprà*. Il vaut mieux dire, comme fait auſſi Mr. LA PLACETTE, que l'expreſſion de la Loi qui permet de prêter à intérêt, eſt generale, & qu'on n'a aucune raiſon d'en reſtreindre le ſens. C'eſt en vain que *St. Ambroiſe* ſuppoſant de ſa pure autorité, que la permiſſion regarde ſeulement les ſept Peuples *Cananéens* qui devoient être exterminez, dit dans ſon Livre *de Tobia*, Cap. XV. que c'étoit un acte légitime d'hoſtilité, & que puiſqu'on pouvoit tuer ces gens-là par le droit de la Guerre, à plus forte raiſon devoit-il être permis de les dépouiller de leurs biens. Or, ajoûte-t-on, le Prêt à uſure étoit un moyen facile & une voye douce pour les appauvrir & les ruiner. Mr. NOODT répond à cela, que quand on prête à un Ennemi, ou qu'on fait avec lui quelque autre Contract, on traite non comme avec un ennemi, mais comme avec un Homme, envers qui par conſéquent on doit

deux raiſons Politiques ; l'une tirée du naturel de ce Peuple ; (5) l'autre, de la conſtitution du Gouvernement. En effet, de tout tems cette Nation a été poſſedée d'un déſir très-ardent d'amaſſer du bien, & remplie de préjugez qui lui faiſoient regarder les Richeſſes comme la ſouveraine félicité. Deſorte que, ſi Dieu n'avoit pas fait une telle Loi au ſujet de l'Intérêt, les Riches auroient opprimé & entierement ruiné les Pauvres. Cependant, pour ne pas faire trop de violence à l'inclination dominante des *Juifs*, il leur permit de mettre en uſage toute leur adreſſe dans le Commerce, à l'égard des Etrangers. De-plus, il paroît que *Moïſe* voulut former un Etat Populaire (car cela n'eſt pas incompatible avec l'autorité des Héros & des Juges qui le conduiſoient). Or une des principales régles pour le maintien & la proſpérité d'un tel Gouvernernement, c'eſt d'empêcher, autant qu'il ſe peut, qu'il n'y ait une trop grande inégalité de biens entre les Citoyens. C'eſt pour la même raiſon que ce ſage Légiſlateur établit, par ordre de Dieu, l'*année de* (c) *Répit*, dans laquelle les Créanciers ne pouvoient rien demander à leurs Débiteurs ; & celle (d) du *Jubilé*, qui faiſoit rentrer les anciens Proprietaires en poſſeſſion des Fonds qu'ils avoient aliénez ; comme auſſi la Loi, (e) en vertu de laquelle les Filles qui héritoient des biens de leur Pere, ne pouvoient ſe marier que dans leur Tribu. D'ailleurs, en ce tems-là tous les revenus des *Iſraëlites* ſe tiroient du Bétail, de l'Agriculture, ou du travail des Artiſans. Le commerce y étoit auſſi fort ſimple & fort petit ; les ſecrets du Négoce, & l'uſage de la Navigation ne leur étant pas encore connus (f), comme ils l'étoient de la plûpart des Nations voiſines. Dans un Païs où les choſes ſont ſur ce pié-là, tous ceux qui empruntent ne le font que parceque la néceſſité & l'indigence les y réduit. De là vient que *Moïſe* (g), pour exprimer la proſperité & l'abondance dont Dieu récompenſeroit l'obſervation de ſes Loix, dit entr'autres choſes : *Vous prêterez à intérêt à pluſieurs Nations, & vous n'emprunterez de perſonne.* Or le profit que de tels Débibiteurs retirent de l'argent qu'on leur a prêté, ne pouvant être que bien médiocre, le moindre intérêt qu'on exigeroit d'eux les incommoderoit extrémement. Tout leur aux travail n'ayant pû empêcher qu'ils ne fuſſent contraints d'emprunter, pour ſubvenir aux néceſſitez de la Vie, ils ont beaucoup de peine à amaſſer dequoi payer le capital, bienloin d'être en état de donner le moindre intérêt. C'eſt ce qui cauſa autrefois tant de troubles dans la République d'*Athénes*, auſquels le Légiſlateur (h) Solon crut ne pouvoir remédier que par une abolition générale, ou, comme on l'appelloit, une *décharge des Dettes. Rome,* avant que d'être parvenue à ce haut point de grandeur & d'opulence où elle s'éleva depuis, éprouva auſſi les inconvéniens fâcheux de la permiſſion de prêter à intérêt à des gens qui ne ſont point accommodez, & qui ne ſubſiſtent que des revenus de la Terre. Ajoûtez à cela, que le ſage Légiſlateur des *Juifs*, en leur

(c) *Deut. XV*, 2.

(d) *Levit. XXV*, 13. *& ſuiv.*

(e) *Nombres*, XXXVI, 8. Il y avoit à *Athénes* une Loi de *Solon*, fort ſemblable, [comme auſſi dans le *Perou*. Voyez *Garcilaſſe de la Vega*, Hiſt. des Yncas, Liv. IV. Chap. VIII.]

(f) Voyez *Grotius*, ſur *Luc*, VI, 35.

(g) *Deuteron.* XXVIII, 12. Voyez auſſi XV, 7, 8.

(h) *Plutarch. in ejus Vita*, pag. 86. Tom. I. *Edit. Wech.*

obſerver le Droit de la Nature & des Gens, & ſuſpendre à cet égard tout acte d'hoſtilité. D'ailleurs, Dieu permettoit auſſi aux *Juifs*, de prendre de l'argent à intérêt des Etrangers : il faudra donc dire que Dieu vouloit auſſi que les Etrangers appauvriſſent & ruinaſſent par-là les *Juifs*. Mr. Noodt ajoûte pluſieurs autres choſes qui renverſent de fond en comble la penſée de *St. Ambroiſe*, & qui vont au-devant de toutes les échappatoires dont ce Pere, & ceux qui ſont du même ſentiment, pourroient s'aviſer. Il remarque auſſi, que pendant un tems le Prêt à uſure étoit défendu à *Rome* de Citoyen à Citoyen, quoiqu'il fût permis par rapport aux Peuples alliez du *Païs Latin*. Voyez Tit. Liv. Lib. XXXV. Cap. VII. Joignez ici Grotius, Liv. II. Chap. XII. §. 20. *Note* 9. où j'ai rapporté ce qu'il dit, en ſe réfutant lui-même, dans ſa Note ſur St. Luc, VI. 35.

(5) On trouvera ces deux raiſons développées, & ſoutenuës de pluſieurs autres remarques, dans le Chapitre que j'ai déja cité, du Livre de Mr. Noodt, *de Fœnore & Uſuris*, page 62. *& ſeqq.* 68. *& ſeqq.* On fera bien de lire auſſi ce que dit J. Frederic Gronovius, dans ſon Traité *De centeſimis & unciis uſuris*, Antexeg. I. page 467. *& ſeqq.* qui eſt à la ſuite du Livre *de Seſtertiis*, &c. Edit. 1691.

défendant de prêter à intérêt les uns aux autres, vouloit les détourner d'une ſordide Avarice, (i) mais ſurtout produire en eux des ſentimens déſintéreſſez d'un Amour & d'une Charité toute particuliere ; (6) Vertu qu'il recommande avec ſoin dans (k) pluſieurs autres de ſes Loix, dont la pratique étoit d'autant plus néceſſaire, qu'en ce tems-là les Dettes ſe réduiſoient ordinairement à de petites ſommes empruntées par des gens pauvres, ou du moins peu accommodez. Mais il n'en eſt pas de même aujourd'hui. Le plus ſouvent les Débiteurs gagnent du bien en faiſant valoir l'argent de leur Créancier, ou en achetant quelque choſe d'où ils tirent un profit conſidérable. En vertu dequoi devroit-on prêter gratuitement à des gens qui empruntent dans cette vûë ? Ne ſeroit-il pas au contraire bien déraiſonnable de nous refuſer une partie du (7) gain conſidérable qu'ils font avec nôtre argent ? En effet, outre que l'on perd

(i) Voyez *Philon*, Lib. *de Caritate*, p. 701, 702. *Edit. Pariſ.*

(k) Voyez par ex. *Exod.* XXI, 10, 11. XXII, 22, 23, 25, 26, 27. XXIII, 4. 5, 9, 11, 12. *Levit.* XIX, 9, 10, 13, 33. XXIII. 22. XXV, 6, 10, 11, 35, 36, 37, 39. & ſuiv. *Deuter.* XIV, 28, 29. XV. 2, 4, 7, 8, 9, 10, 11. XXIII, 24, 25. XXIV, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21. XXVI, 12, 13.

(6) De tout ce que l'on vient de dire, il paroît que quand *David*, PSEAUM. XV, 5. & EZECHIEL, XVIII. 13. XXII, 12. donne pour un des caracteres de l'Homme de bien, qu'il ne prête point ſon argent à intérêt ; il s'agit là ſeulement du Prêt défendu par la Loi, tant que le Gouvernement d'*Iſraël* ſubſiſtoit, c'eſt-à-dire, de celui qui ſe faiſoit de Juif à Juif. Pour ce qui eſt des Paroles de Nôtre Seigneur JESUS-CHRIST LUC, VI, 34, 35. il ne faut, ce me ſemble, que les conſidérer tant ſoit peu, & en elles-mêmes, & dans la liaiſon qu'elles ont avec ce qui ſuit & ce qui précéde, pour reconnoître qu'elles ne regardent point du tout le Prêt à uſure. Ce Divin Sauveur venoit de dire : *Si vous n'aimez que ceux qui vous aiment, quel gré vous en ſçaura-t-on ?* Verſ. 32. *Si vous ne faites du bien qu'à ceux qui vous en font, quel gré vous en ſçaura-t-on ? Les gens même de mauvaiſe vie en uſent ainſi entr'eux.* Verſ. 33. *Si vous ne prêtiez*, ajoute-t-il, *qu'à ceux de qui vous eſperez de recevoir, quel gré vous en ſçaura-t-on ? Car les gens même de mauvaiſe vie prêtent aux gens de mauvaiſe vie, afin de recevoir la pareille. Mais aimez vos Ennemis, faites du bien & prêtez ſans en rien eſperer ; vous en retirerez une grande récompenſe, & vous ſerez les Enfans du Très-Haut : car il eſt bienfaiſant envers les Ingrats & les Méchans.* Ce *ſans en rien eſperer* ne ſe rapporte pas moins à *Aimez vos Ennemis*, & à *Faites du bien*, qu'à *Prêtez* ; & je m'étonne que perſonne, que je ſçache ne l'ait remarqué. Ainſi *Prêtez ſans rien eſperer*, ſignifie viſiblement, Prêtez, quoique vous n'ayïez pas lieu d'attendre que celui qui emprunte de vous vous rende la pareille dans l'occaſion. La raiſon que Notre Seigneur ajoûte, tirée du noble motif d'imiter DIEU, qui eſt *bienfaiſant envers les* INGRATS *& les Méchans* ; cette raiſon, dis-je, met encore la choſe dans une pleine évidence. Mais ſi l'on veut être accablé de preuves & de raiſonnemens, on n'a qu'à lire encore le Chap. XI. du I. Livre *De Fœnore & Uſuris*, par Mr. NOODT, & le Chap. III. du *Traité de l'Intérêt*, par Mr. LA PLACETTE. La vérité eſt, que JESUS-CHRIST, dans le Paſſage dont il s'agit, ne défend ni n'approuve le Prêt à uſure ; à quoi rien ne l'engageoit d'ailleurs, puiſque les *Juifs* devant qui il parloit, ne pouvoient en vertu de la Loi Politique de *Moïſe*, prêter les uns aux autres que gratuitement. C'eſt donc à ceux qui condamnent ſans reſtriction tout Prêt à uſure, à prouver qu'il eſt criminel par lui-même, ou qu'il eſt incompatible avec l'eſprit de l'Evangile. Mais on peut bien aſſurer qu'ils n'en viendront jamais à bout, quand ils auroient tous étudié le Droit Naturel & la Morale avec autant de ſoin, que quelques-uns font paroître là-deſſus d'ignorance craſſe, mais en même-tems vaine & préſomptueuſe. Un fameux Caſuiſte, BANNES, 2. 2. *Quaſt.* 78. *art.* 1. *dub.* 1. avouë, comme l'a remarqué Mr. LA PLACETTE, que la preuve que les paroles de JESUS-CHRIST fourniſſent, tire ſa force, non des paroles mêmes qui peuvent recevoir d'autres ſens, mais uniquement de l'autorité des *Papes* & des *Conciles* qui les ont ainſi expliquées. Voilà effectivement le nœud de l'affaire ; & ceux qui aujourd'hui oſent bien, quoiqu'ils faſſent profeſſion d'être *Proteſtans*, ſe déchaîner en invectives groſſieres contre les Partiſans de l'opinion reçuë dans leur Parti, témoignent aſſez que l'intérêt des *Peres* leur tient au cœur. Mais ils ont beau faire : toutes leurs déclamations & tous leurs emportemens ne ſervent qu'à faire voir que la lecture des *Peres* eſt capable de gâter le Cœur & l'Eſprit ; ſurtout lorſqu'on ſe trouve d'un temperament bilieux, & qu'on a pris ſoin de cultiver ſa Mémoire plûtôt que ſon Jugement. Si ces gens-là ont tant de zele pour la gloire des *Peres*, qu'ils ne puiſſent ſouffrir qu'on juge d'eux long-tems après leur mort auſſi librement que d'un Auteur du ſiécle paſſé, ils n'ont qu'à nous prouver par de bonnes raiſons, ou que les *Peres* étoient infaillibles, ou qu'ils ne ſont pas coupables des erreurs qu'on leur impute. Je conſens qu'ils commencent par cette matiere même du Prêt à uſure, ſur quoi ils croyent triompher, & qu'ils voyent s'ils pourront trouver à mordre aux deux Traitez que j'ai citez, l'un d'un Theologien, l'autre d'un Juriſconſulte. En attendant qu'ils le faſſent, je dirai hardiment de ces Ouvrages, & de quelques autres où l'on a relevé les erreurs des anciens Docteurs Chrétiens,

*Qu'ils ſont pour eux de fer, d'acier, de diamant.*

Voyez au reſte ce que je dirai plus bas dans la Note 2. ſur le §. 10. J'ai eu occaſion de montrer depuis en peu de mots, l'innocence du Prêt à uſure, conſidéré en lui-même, dans mon *Traité de la Morale des Peres*, Chap. IX. §. 7. *& ſuiv.*

(7) C'eſt ce que l'on appelle *Intérêt lucratif* ; au lieu qu'on nomme *Intérêt compenſatif*, un ſimple dédommagement du profit ceſſant, & du dommage naiſſant. Il n'y a point de difficulté tant ſoit peu apparente au ſujet du dernier, & il faut ſe crever les yeux pour ne pas voir la juſtice d'un tel Intérêt ; puiſqu'en l'exigeant on ne demande que ce que l'on avoit lorſqu'on a prêté. Si quelqu'un en doutoit, il pourroit ſe convaincre pleinement par la lecture des Chapitres V. VI. & VII. du *Traité de l'Intérêt* de Mr. LA PLACETTE. A l'égard de l'*Intérêt lucratif*, on peut à la verité alleguer quelque choſe de plus ſpécieux pour le combattre ; mais au fond ſi l'on apporte ici un eſprit libre

le profit qu'on auroit pû retirer ſoi-même de cet argent, ſi on ne l'eût point prêté; c'eſt une choſe ſuſceptible d'eſtimation, & qui mérite bien quelque petite récompenſe, que de donner ſon bien pour une ſimple obligation, par laquelle on acquiert ſeulement action perſonnelle contre le Débiteur, c'eſt-à-dire, un droit beaucoup moins conſidérable que celui dont on ſe deſſaiſit, puiſqu'il y a de méchans (l) Payeurs de qui l'on ne (m) tire jamais rien, ou du moins, ſans en venir aux voyes de la Juſtice; ce qui coûte toûjours bien de la peine & des chagrins. D'ailleurs, il peut arriver mille

(l) Qui ne conſiderent pas ce que dit *Martial*, Lib. II. Epigr. XIII. Voyez *Pindar.* Olymp. Ode X. verſ. 9. *& ſeqq.*

(m) Voyez *Martial.* Lib. I. Epigr. LXXVI.

de préjugez, on trouvera aiſément, que cet Intérêt n'eſt pas moins innocent en lui-même, ni moins légitime que compenſatif. Ce que Mr. La Placette dit là-deſſus eſt très-ſolide, & je vais en emprunter ici quelques réfléxions. Comme il dépend du Créancier de prêter ou de ne pas prêter, il dépend auſſi de lui, lorſqu'il s'eſt une fois déterminé à prêter, de laiſſer ſon argent entre les mains du Débiteur pour pluſieurs années, ou pour une ſeule, ou pour un mois, ou pour une ſemaine, ou pour un ſeul jour même. Suppoſé donc que ce qu'il peut ne prêter que pour un jour, ou pour une ſemaine, il veuille bien le prêter pour un ou deux ans, s'engageant à ne pas redemander plûtôt ſa dette; pourquoi eſt-ce qu'une telle renonciation, qui dépend de lui, & qui eſt utile au Débiteur, ne pourroit pas être miſe à prix? Lorſqu'on a un *droit de ſervitude* ſur une Maiſon, ou ſur un Champ, on peut y renoncer pour un tems, ou pour toûjours, & mettre à prix cette ceſſion. La même choſe a lieu en matiere d'hommages & de redevances. En vertu dequoi ſeroit-il donc défendu d'en uſer ainſi à l'égard du droit qu'on a de ſe faire rendre ce que l'on prête? En vain diroit-on, que du moins lorſque la ſomme prêtée demeurant entre nos mains ne devoit vraiſemblablement nous porter aucun profit, on à tort de faire acheter à ſon Prochain l'utilité qu'il en pourra retirer, ſans qu'on y perde rien ſoi-même. Cette réponſe ſuppoſe deux choſes également fauſſes. L'une, que dans les traitez qu'on fait avec ſon Prochain, il n'eſt permis de chercher que nôtre ſimple indemnité. L'autre, qui eſt une ſuite de la premiere, que l'on eſt tenu de faire en faveur de ſon Prochain tout ce que l'on peut faire ſans qu'il en coûte. Si la premiere avoit lieu, le Commerce ſeroit eſſentiellement injuſte; car il ne conſiſte qu'à tâcher de profiter ſur ce que l'on vend. Mais, au fond, pourvû que le profit qu'on fait n'ait rien de contraire ni à la Charité ni à la Juſtice (ce qui n'eſt pas impoſſible) rien n'empêche qu'on ne les recherche légitimement. Si l'autre ſuppoſition étoit véritable, il faudroit condamner cent choſes que l'on fait tous les jours, & où l'on n'a jamais trouvé rien à redire. Par exemple, j'ai deux Maiſons, dont l'une m'eſt inutile, & même à charge, parcequ'en effet, perſonne n'y habitant, elle dépérit. J'ai deux Exemplaires d'un même Livre dont l'un m'eſt très-inutile. S'enſuit-il de là, que je ne puiſſe ni vendre ni donner à loüage, cette Maiſon ou ce Livre? Il y a une infinité d'occaſions ſemblables, où perſonne ne trouve mauvais qu'on vende la Proprieté ou l'uſage de certaines choſes qui ne coûtent rien, & qui étoient auſſi inutiles à ceux qui les vendent, qu'utiles à ceux qui les achetent. D'où vient donc que l'on ne pourroit faire, ſans injuſtice, à l'égard de l'argent qu'on prête, ce que l'on fait ſi innocemment partout ailleurs? Mais il y a ici une preuve plus préciſe, & tirée de la choſe même. Le Créancier permet au Débiteur de ſe ſervir de l'argent prêté: cela ſuffit pour lui donner droit de s'en faire payer l'uſage. Car ſi l'on peut innocemment donner à loüage une Maiſon, un Cheval, des Bœufs, des Outils, & cent autres choſes de cette nature; pourquoi ne pourroit-on pas faire la même choſe de l'Argent, & generalement de tout ce qui entre dans le Commerce? On répond là-deſſus diverſes choſes, dont on trouvera la ſolution dans le paragraphe ſuivant de ce Chap. de notre Auteur; auſſibien que dans le Traité d'où j'ai tiré ce que je viens de dire. Ajoûtons ſeulement les cinq conditions que Mr. La Placette poſe, pour rendre légitime l'*Interêt lucratif.* 1. Que le Créancier ne ſoit pas tenu d'ailleurs de prêter gratuitement. 2. Que le Débiteur s'oblige volontairement à payer un tel intérêt. 3. Que le Débiteur doive vraiſemblablement profiter du Prêt. 4. Que l'intérêt n'excede pas le profit qu'il eſpere de retirer de l'argent prêté. Enfin, qu'il n'aille pas au-delà du pied fixé par les Loix. Remârquons encore, avec le même Auteur (*Chap.* XVIII.) qu'il y a deux ſortes de *profit*; l'un que l'on peut appeller *poſitif*, lorſque par le moyen de ce que l'on a emprunté on acquiert une choſe que l'on n'acquerroit point autrement: l'autre *négatif*, qui conſiſte, non à gagner ce que l'on n'a pas, mais à ne pas perdre ce que l'on a déja, ou même ce que l'on peut avoir dans la ſuite; non à devenir plus riche, mais à s'empêcher d'être plus pauvre. Le Prêt n'a fort ſouvent que ce dernier uſage, & la choſe arrive en pluſieurs manieres. Par exemple, un homme doit une ſomme conſidérable dont il ne ſçauroit ſe décharger, & dont il paye l'intérêt à ſix pour cent. Je lui prête cette ſomme à quatre pour cent; ainſi il ne gagne rien à la verité, mais il épargne actuellement deux pour cent, qu'il payeroit ſans moi à ſon premier Créancier. Un autre a beſoin d'argent, & n'en trouvant point, eſt contraint de vendre à vil prix des Marchandiſes qu'il eſt ſûr de vendre plus cher quelque tems après. Je lui prête cet argent dont il ne ſçauroit ſe paſſer, & par-là je lui épargne ce qu'il alloit perdre ſur les Marchandiſes. Dans ces occaſions & autres ſemblables, il n'y a non-plus aucune injuſtice à prendre intérêt; car enfin empêcher de perdre n'eſt pas un moins bon office que d'aider à gagner. D'ailleurs, c'eſt ici ou l'unique, ou du moins le principal fondement de l'intérêt qu'on paye aux Directeurs des *Monts de piété*; établiſſement que tout le monde trouve néanmoins ſi utile, & ſi commode pour ceux qui ſe trouvent dans la néceſſité. Il faut remarquer ſeulement, que quoique cette ſorte d'intérêt ſoit auſſi peu contraire à la juſtice que l'autre, il eſt d'ordinaire beaucoup plus oppoſé à la Charité. Le beſoin de celui qui emprunte eſt tel fort ſouvent, qu'il oblige ou à prêter ſans intérêt, ou à ſe contenter de l'intérêt *compenſatif*; ce qui n'a pas lieu auſſi fréquemment dans les Prêts que l'on fait à ceux qui n'empruntent que pour profiter poſitivement. On peut au reſte, joindre à tout ce qui vient d'être dit, les Ch. V. & VI. du I. Livre du Traité de Mr. Noodt.

accidens qui nous faſſent perdre nôtre capital. Quelquefois même, pour tâcher de retirer ſon argent, on eſt obligé de ménager extrémement un Débiteur, ou de lui faire la cour; & tel n'a ſuivi le parti & épouſé les intérêts d'une peſonne (n), que parcequ'il étoit ſon Créancier. C'eſt ainſi que (o) *Roquelaure*, Gentilhomme François, s'étant rangé du côté de la *Ligue*, diſoit pour excuſer ſa rebellion, *Qu'il ne ſuivoit pas le Duc de* Mayenne, *mais ſon argent, & que ce Duc ſeroit très-méchant payeur ſi ſes Créanciers n'étoient toûjours à ſes trouſſes.*

(o) Voyez *Diod. Sicul.* Lib. XIX. Cap. XXIV. & *Plutarch. in Eumen.* pag. 191. D. *Edit. Wechel.*

(o) *Gramond. Hiſt. Gall.* Lib. V. pag. 288. *Edit. Elzevir.*

Ce que nous venons d'établir n'eſt pas fort different de la penſée de ceux qui prétendent, que le bien de l'Etat veut qu'il ne ſoit permis de prêter de l'argent à intérêt qu'aux Négocians; car, dit-on, de cette maniere on entretiendra l'induſtrie des Pauvres, & l'on obligera à vivre d'économie ceux qui ne feroient pas ſcrupule d'employer à des dépenſes ſuperflues l'argent qu'on leur auroit prêté. Pour les Riches, comme ils ne veulent pas laiſſer leur argent mort dans un coffre, ou ils en trafiqueront, ou ils le mettront à l'intérêt chez les Marchands; ce qui fera fleurir le Commerce, au grand avantage de l'Etat (p).

(p) Voyez *Ludov. Septalius, de ratione ſtatus*, Lib. II. Cap. XV.

A l'égard de la quantité des intérets, GROTIUS (q) croit qu'*il ne faut pas la meſurer ſur le pié du gain que fait l'Emprunteur, mais ſur le pié de ce que perd le Prêteur: de même que dans la Vente & dans les autres ſortes de Contracts, on ne doit jamais régler le prix ſur l'avantage ou le profit qui en revient à celui qui reçoit, mais ſur la diminution du gain ou ſur la perte de celui qui donne. Or quand on prête de l'argent, on perd par-là le profit qu'on auroit pû en retirer & que l'on en retire ordinairement, ſelon ſa profeſſion & ſon genre de vie; déduction préalablement faite de ce à quoi peuvent ſe monter les riſques & périls qui ſont plus grands en certaines choſes qu'en d'autres.* Si par-là on entend que quand une perſonne à qui l'on avoit prêté de l'argent, a le bonheur d'en tirer un profit extraordinaire, ou que l'on n'avoit point prévu, on ne ſauroit ſe plaindre raiſonnablement qu'elle nous faſſe aucun tort en le gardant tout pour elle; je ſouſcris volontiers à ces paroles. Mais il n'y a point de doute, qu'on ne puiſſe exiger un plus haut intérêt de ſes Créanciers, à proportion de ce que le trafic, pour lequel ils empruntent nôtre argent, eſt lucratif par lui-même.

(q) *In Lucam*, Cap. VI, 35.

Réponſe aux Objections de ceux qui condamnent abſolument le Prêt à uſure.

§. X. IL eſt aiſé de répondre aux Objections de ceux qui condamnent abſolument le Prêt à uſure. Le *Prêt à uſage*, diſent-ils, eſt gratuit; donc le *Prêt à uſure* doit l'être auſſi. Mais je ſoûtiens au contraire, que comme on peut accorder à autrui l'uſage d'une choſe de deux manieres, ou gratuitement, ou moyennant une certaine rente, d'où il reſulte ou un *Contract de Prêt à uſage*, ou un *Contract de Louage*: rien n'empêche auſſi qu'on ne prête de l'argent ou ſans intérêt, (1) ou à intérêt. Que ſi l'on s'opiniâtre à vouloir que tout Prêt, proprement ainſi nommé, ſoit gratuit; tout ce qu'il y aura, c'eſt qu'il faudra donner un autre nom au Contract dans lequel un Créancier ſtipule quelque intérêt pour l'argent qu'il prête: mais il ne s'enſuivra point de là, que cette ſorte de Contract ait par lui-même rien d'illicite.

C'eſt en vain auſſi qu'on objecte, que la monnoye étant de ſa nature une choſe (2) ſterile,

§. X. (1) Voyez Mr. NOODT, *De Fœnore & Uſuris*, Lib. I. Cap. VI.

(2) L'Auteur citoit ici St. MATTHIEU, XXV, 24. où l'Eſclave méchant & pareſſeux de la Parabole, dit à ſon Maitre: *Je ſçavois que vous êtes un homme rude, qui meiſſonnez où vous n'avez point ſemé, & qui ramaſſez du lieu où vous n'avez rien repandu.* Mais le ſens de ces paroles n'eſt pas, qu'il y ait de la dureté à prendre quelque intérêt pour un argent prêté, qui eſt une choſe ſtérile de ſa nature: c'eſt une façon de parler Proverbiale,

ſtérile, qui ne ſert de rien aux beſoins de la Vie, comme font, par exemple, les Habits, les Bâtimens, les Bêtes de (a) ſomme; on ne doit rien exiger pour l'uſage d'un argent prêté. Car quoiqu'une piece de Monnoye n'en produiſe pas par elle-même phyſiquement une autre ſemblable; néanmoins depuis que l'on a attaché à la Monnoye un *prix éminent*, l'induſtrie humaine rend l'argent très-fécond, puiſquil ſert à acquérir bien des choſes qui produiſent ou des *fruits naturels*, ou des *fruits civils*: & c'eſt au rang de ces dernieres qu'il faut mettre les *intérêts* qu'un Débiteur paye à ſon Créancier (3).

(a) Il y a ici une faute énorme d'impreſſion dans les dernieres Editions de l'Original, *juramentum*, pour *jumentum*; & Mr. *Hertius* l'a conſervée fidélement.

Aristote, pour décrier le Prêt à uſure, (4) dit que par ce Contract on fait de l'Argent monnoyé un uſage tout contraire à celui auquel il eſt naturellement deſtiné, qui eſt d'aſſortir les Echanges, & non pas de ſe multiplier, pour ainſi dire, lui-même. Mais du moins une des Parties, ſçavoir celui qui emprunte de l'argent à intérêt, le fait pour l'employer à quelque choſe où il entre de l'Echange. D'ailleurs la Proprieté, par exemple, a été originairement établie, afin que chacun ſe ſervît par lui-même du bien qui lui ſeroit échu en partage: cependant on peut ſans violer les Loix de la Nature, donner à louage à qui bon nous ſemble, toute choſe qui fait partie de nôtre bien.

Il y a quelque choſe de plus ſubtil & de plus ſpécieux dans la difficulté tirée de ce qu'en matiere de choſes ſuſceptibles d'équivalent, & qui ſe conſument par l'uſage même, on ne ſauroit diſtinguer la Proprieté d'avec l'Uſage; deſorte qu'auſſi-tôt que l'on

verbiale, qui ſignifie ſeulement, exiger des gens plus qu'ils ne peuvent. Voyez là-deſſus les Interprêtes. Il auroit mieux valu remarquer que dans cette Parabole même, il y a dequoi prouver que le Prêt à uſure eſt très-innocent. Car enfin, ſi c'étoit une choſe criminelle, on ne conçoit pas comme Jesus-Christ auroit pû mettre dans la bouche du Maître de la Parabole, ſous l'emblême duquel il repréſente Dieu lui-même, les paroles ſuivantes: *Méchant & pareſſeux Eſclave, vous ſçaviez que je moiſſonne où je n'ai point ſemé, & que je ramaſſe du lieu où je n'ai rien répandu. Il falloit donc remettre mon argent aux Banquiers, afin qu'étant revenu, je retiraſſe avec uſure, ce qui eſt à moi.* Verſ. 26, 27. Voyez au reſte, Mr. Noodt, Lib. I. Cap. VII, VIII. *de Fœn. & Uſur.* où il réfute au long les objections que notre Auteur propoſe ici, & autres ſemblables. Le meme Juriſconſulte examine dans le Chap. IX. un paſſage de Seneque, *De Benefic.* Lib. VII. Cap. X. qui étoit cité ici, & où il n'y a guéres que la déclamation.

(3) On répond, qu'à la verité le Débiteur trouve moyen de faire valoir l'argent qu'il a reçu; mais que c'eſt ſon induſtrie qui le rend fertile entre ſes mains: d'où l'on conclut, qu'il doit ſeul en profiter. Mais (& j'emprunte encore ici les penſées de Mr. La Placette, *Chap.* X.) l'Induſtrie n'eſt pas la ſeule cauſe du profit qui revient de l'Argent. Comme l'Argent ſans l'Induſtrie n'apporteroit point de profit, l'Induſtrie ſans l'Argent n'en produiroit pas davantage. Il eſt donc juſte d'imputer une partie de ce profit à l'Argent, & une autre à l'Induſtrie de celui qui le fait valoir. C'eſt ce que l'on voit dans quelques Contracts de Louage. Un Champ ne rapporte rien s'il n'eſt cultivé. Des Outils qu'on louë à un Artiſan, ne feront rien non ſeulement s'il ne s'en ſert, mais encore s'il ne ſçait l'art de s'en ſervir. Tout cela pourtant n'empêche pas qu'on ne puiſſe ſe faire payer & les fruits de ce Champ, & l'uſage de ces Outils. Pourquoi donc ne ſeroit-il pas permis d'en uſer de même à l'égard de l'Argent & d'autres choſes ſemblables?

(4) Εὐλογώτατα μισεῖται ἡ Ὀβολοστατικὴ, διὰ τὸ ἀπ' αὐτοῦ τοῦ νομίσματος εἶναι τὴν κτῆσιν, καὶ οὐκ ἐφ' ὅπερ ἐπορίσθη· μεταβολῆς γὰρ ἐγένετο χάριν· ὁ δὲ τόκος αὐτὸ ποιεῖ πλέον· ὅθεν καὶ τοὔνομα τοῦθ' εἴληφεν· ὅμοια γὰρ τὰ τικτόμενα τοῖς γεννῶσιν αὐτά ἐστιν. ὁ δὲ τόκος γίνεται νόμισμα νομίσματος· ὥστε καὶ μάλιστα παρὰ φύσιν οὗτος τῶν χρηματισμῶν ἐστιν. De Republica, *Lib.* I. *Cap.* X. *in fin.* Mr. Noodt, *De Fœn. & Uſur.* Lib. I. Cap. VII. page 43. a très-bien remarqué qu'on peut réfuter Aristote par *Ariſtote* même; car ce Philoſophe, dans le Chapitre qui précéde immédiatement celui que je viens de citer, dit que toutes les choſes qu'on poſſede ont deux uſages: l'un propre & naturel: l'autre comme étranger. Par exemple, dit-il, les Souliers ſont fait proprement pour être chauſſez: cependant on s'en ſert auſſi pour avoir de l'argent ou quelque autre choſe en échange. Ἑκάστου γὰρ κτήματος διττὴ ἡ χρῆσίς ἐστιν. ἀμφότεραι δὲ καθ' αὑτὸ μὲν, ἀλλ' οὐχ ὁμοίως καθ' αὑτὸ, ἀλλ' ἡ μὲν οἰκεία, ἡ δ' οὐκ οἰκεία τοῦ πράγματος· οἷον ὑποδήματος, ἥτε ὑπόδεσις, καὶ ἡ μεταβλητική· ἀμφότεραι γὰρ ὑποδήματος χρήσεις. καὶ γὰρ ὁ ἀλλαττόμενος τῷ δεομένῳ ὑποδήματος, ἀντὶ νομίσματος ἢ τροφῆς χρῆται τῷ ὑποδήματι, ᾗ ὑπόδημα, ἀλλ' οὐ τὴν οἰκείαν χρῆσιν. οὐ γὰρ ἀλλαγῆς ἕνεκεν γέγονε. τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον ἔχει περὶ τῶν ἄλλων κτημάτων. Cap. IX. *princip.*

accorde à quelqu'un l'uſage d'une telle choſe, on lui en transfere par cela même la Proprieté, comme d'autre côté en vain donneroit-on la Proprieté, ſi l'on refuſoit l'uſage. Car, dit-on, comme la ſubſtance du Blé, de la Viande, du Vin, &c. ſe détruit par la conſomption qu'on en fait pour les beſoins de la Vie : de même l'argent périt, moralement parlant, pour celui qui le dépenſe, puiſqu'il ceſſe d'être au nombre de ſes biens. Or, ajoûte-t-on, l'uſage ne pouvant point être diſtingué ici de la choſe empruntée, il ſuffit que le Débiteur en rende une pareille de même eſpece, & le Créancier n'a aucun droit de rien exiger de lui pour l'uſage qu'il en fait. J'avoue, qu'à proprement parler, (b) l'uſufruit des choſes ſuſceptibles d'équivalent n'eſt point diſtinct de la conſomption de leur ſubſtance (5). Mais il ne s'enſuit point de là, qu'il ſoit illicite de mettre à prix le droit que l'on donne à quelqu'un de conſumer une choſe qu'on lui prête, à condition de nous en rendre une pareille au bout d'un certain tems; car cette circonſtance d'un terme accordé à celui qui emprunte, eſt eſſentielle au Prêt à conſomption. Pendant tout ce tems-là le Débiteur peut acheter de l'argent emprunté, des choſes qui lui apportent du revenu, ou en tirer du profit de quelque autre maniere (c). Un homme à qui l'on a prêté des Denrées, ou autres choſes ſemblables, néceſſaires à la Vie, profite auſſi en ce que par-là on lui épargne la néceſſité où il auroit été de troquer deſavantageuſement, ou de vendre à bas prix ſes Marchandiſes, pour acheter du Blé, par exemple; ou que même il fait valoir plus avantageuſement l'argent qu'il y auroit employé. Pourquoi donc ſeroit-il diſpenſé de nous faire part de ce gain qu'on lui procure ? (6)

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. VII. Tit. V. *De uſufructu earum rerum quæ uſu conſumuntur, vel minuuntur*, Leg. I. & II.

(c) Voyez en paſſant *Ariſtote*, *Oecon.* Lib. II. Cap. I. au ſujet de l'action de *Cypſelus*, qui néanmoins ne s'acquitta pas à la rigueur de ſon Vœu téméraire.

(5) Joignez ici GROTIUS, Liv. II. Chap. XII. §. 20. *Note* 4. Une Somme d'argent ( dit encore Mr. *La Placette* ), que l'on prête à un homme, pour la mettre dans le Commerce, ne ſe conſume pas plus par-là, qu'une pareille ſomme que l'on met entre les mains d'un ſimple Commis pour l'employer au même uſage, ou qu'une autre ſomme que l'on confie à un Aſſocié à qui on en donne la direction. Ce Débiteur, ce Commis, cet Aſſocié, s'en défont de la même maniere & dans les mêmes intentions. On avoue que le Commettant, & celui qui met ſon argent entre les mains de ſon Aſſocié, demeurent toûjours les maîtres de cet Argent, & qu'il ſubſiſte toûjours dans l'équivalent. Pourquoi la même choſe n'auroit-elle pas lieu à l'égard du Créancier, & de l'argent prêté ? *On ne prête point à la perſonne*, ( dit très-bien Mr. DE BEAUVAL, *Hiſt. des Ouvr. des Sav.* Octobre 1691. page 66. ) *c'eſt aux biens. On compte ſur le pouvoir de rendre, & non point ſur l'induſtrie de l'Emprunteur, ni ſur ſa bonne foi. C'eſt le reproche que* MARTIAL *met dans la bouche d'un Ami :* Tu ne te confies point à la fidelité de notre ancienne amitié : tu prêtes à mes Arbres & à mes Héritages, & non pas à moi.

*Quod mihi non credis veteri*, Theleſine, *ſodali*,
*Credis colliculis arboribuſque meis.*
Lib. XII. Epigr. 25.

(6) L'Auteur citoit ici quelques paſſages, & faiſoit quelques remarques, qui ſeront mieux placées dans dans une Note. CATON, *De Re Ruſtica*, au commencement, dit *que les anciens Romains condamnoient un Voleur à rendre le double, & un Uſurier à rendre le quadruple.* Il ſoûtient encore que l'Uſure eſt auſſi criminelle que l'Homicide. Voyez CICER. *de Offic.* Lib. II. à la fin. Mais il faut entendre celà de l'Uſure exceſſive, qui ruine les Citoyens pauvres, ou peu accommodez, & qui ne ſert qu'à ſatisfaire une avarice inſatiable. CATON lui-même mettoit de l'argent à la groſſe aventure : commerce qu'il exerçoit auſſi d'une maniere aſſez vilaine. Voyez PLUTARQUE, dans ſa Vie. [ Mr. NOODT, *De Uſuris & Fœn.* Lib. I. Cap. XXI. remarque qu'une preuve que ce fameux Romain parle ſeulement d'une Uſure mordante, & qui va au-delà du pié fixé par les Loix, c'eſt l'amende même qu'il ſpécifie, & à laquelle on ne condamnoit que ceux qui exigeoient un intérêt auſſi haut ] Ce fut avec raiſon, continuë notre Auteur, que l'Empereur *Auguſte* châtia quelques Chevaliers Romains, qui empruntoient de l'argent pour le prêter à un plus haut intérêt que celui qu'ils en donnoient : SUETON. *in Auguſt.* Cap. XXXIX. APPIEN d'*Alexandrie*, Lib. I. *De Bell. Civil.* page 382. B. *Edit. H. Steph.* dit que les anciens *Romains*, auſſi-bien que les *Grecs*, déteſtoient l'Uſure *comme un trafic qui incommode les Pauvres, & qui fournit matiere à des procez & à des inimitiez*, ὡς καπηλεῦειν καὶ βαρὺ τοῖς πένησι, καὶ δύσερι; καὶ ἐχθροποιόν. Les *Perſes* la regardoient *comme une choſe accompagnée de fraude & de menſonge*, ὡς ἀπατηλόν τε καὶ φιλοψευδές. *Ibid.* [ Voyez Mr. NOODT, *ubi ſuprà*, Cap. II. & *Lib.* II. *Cap.* IV. ] Nous croyons auſſi, qu'il eſt indigne d'un Chrétien de prendre quelque intérêt des petites ſommes que l'on prête à des gens qui ſe trouvent dans la néceſſité; car alors le Prêt doit tenir lieu d'aumône. Voyez ECCLESIASTIQUE, XXIX, 1, 2. PSEAUME XV. 5. Et on ne peut que louer extrémement la maniere dont les anciens *Grecs* avoient accoûtumé de ſoulager la miſere de leurs Amis, en ſe cotiſant pour faire une ſomme qu'ils leur prêtoient ſans intérêt; ce qui s'appelloit ἔρανος. ( Voyez là-deſſus le Docte Commentaire d'ISAAC CASAUBON ſur le Chap. XVI. des *Caractéres de* THEOPHRASTE. ]

Argument *ad hominem* contre ceux qui condamnent abſolument le Prêt à uſure.

§. XI. CELA eſt ſi vrai, que ceux-là même qui condamnent abſolument le Prêt à uſure, ne blâment point certains Contracts (1), où il entre quelque choſe d'équivalent. Par exemple, *Pierre* n'ayant pas de l'argent pour acheter une Terre qui l'accommode, *Jean* l'achete, à ſa priere, & la lui donne enſuite à louage. Perſonne ne trouve là rien que de très-innocent. Suppoſons maintenant qu'au lieu de cela, *Jean* prête de l'argent à *Pierre*, afin qu'il achete lui-même la Terre qui eſt à ſa bienſéance, & qu'au lieu de la rente annuelle qu'il lui auroit donnée pour le louage de ce Fonds, il lui paye la même valeur pour l'intérêt de la ſomme empruntée. Pour moi, je ne vois pas ſur quel fondement on trouveroit ici la moindre ombre d'injuſtice. Bien-loin de là, ce dernier Contract eſt plus avantageux à *Pierre* que le premier, puiſqu'il lui procure la Proprieté du Fonds. De même, lorſqu'on met de l'argent entre les mains d'un honnête homme, qui doit nous donner une portion raiſonnable du profit qu'il en fera, il n'y a là rien que tout le monde n'approuve. Mais le Traité ne ſeroit-il pas au fond fort ſemblable, & du moins auſſi légitime, ſi l'on ſtipuloit de celui chez qui l'on place ſon argent, un interêt fixe & modique, pour le profit incertain qu'il peut en tirer? L'ALCORAN défend aux *Mahometans* de prêter à uſure. Néanmoins en *Mauritanie* il y a une eſpece de Contract permis & autoriſé, qui en approche beaucoup; car ceux qui empruntent de l'argent pour leur négoce, ou pour quelque autre uſage lucratif, donnent ſouvent la moitié du profit à leur Créancier, à condition que ſi le capital vient à ſe perdre, ils ne ſeront tenus de rendre qu'autant qu'ils ont reçu; mais s'ils perdent ſeulement la moitié du capital, cette moitié ſe prendra ſur le gain qu'ils auront fait de celle qui reſte. On ne trouve nulle part rien de blâmable dans l'*Antichreſe* (2), qui conſiſte à prêter de l'argent, moyennant un Gage dont on retire les fruits ou les revenus: & en *Perſe* (a), où le Prêt à uſure eſt defendu, on permet cette ſorte de Contract, accompagné même d'une *clauſe commiſſoire*. Pourquoi donc ſeroit-il illicite, lorſqu'on prête ſans gages, de ſtipuler quelque interêt, équivalent aux fruits ou aux revenus que l'on auroit pû retirer d'un Gage, ſi on l'eût exigé du Débiteur? GROTIUS (b) en condamnant le nom d'*Intérêt*, retient & approuve au fond la choſe même. *Il y a*, dit-il, *des choſes qui ſemblent approcher du Prêt à uſure, & qui paſſent ordinairement pour s'y rapporter, leſquelles néanmoins ſont des Conventions d'une toute autre nature: comme quand un Créancier ſtipule quelque choſe en dédommagement de ce qu'il perd pour être long-tems ſans ravoir ſon argent, ou du gain qu'il auroit pû faire, s'il ne l'eût pas prêté; bien entendu qu'on déduiſe d'ici ce à quoi peut ſe monter l'incertitude de ſes eſperances*, (c'eſt-à-dire, les riſques qu'il auroit courus d'être fruſtré ou en tout, ou en partie, du profit auquel il s'étoit attendu, *& la peine qu'il lui auroit falu prendre* pour faire valoir lui-même ſon argent. Selon le même Auteur, *ce n'eſt pas non-plus un veritable Prêt à uſure, lorſqu'une perſonne qui prête à un grand nombre de gens, & qui tient toûjours pour cet effet de l'argent en caiſſe, exige quelque choſe pour ſe dédommager des dépenſes qu'elle fait en vaquant à cet emploi officieux; ni lorſque prêtant à un homme, qui ne nous donne pas des ſuretez*

(a) Voyez *Olearius*, *Itin. Perſic.* Lib. V. Cap. XXXVI.

(b) *Liv. II. Chap. XII.* §. 21. Mais voyez ce qu'il dit depuis ſur *St. Luc* VI, 35.

§. XI. (1) Il faut ajoûter à ceux dont il eſt parlé ici, *le Contract des trois Contracts*; ſur quoi on peut voir le Chap. XIV. du *Traité de l'interêt* de Mr. LA PLACETTE. Voyez auſſi Mr. NOODT, *De Uſuris & Fœn.* Lib. I. Cap. XII. dont le titre eſt: *Mores rigorem Juris Canonici circa Uſuras inflexiſſe ad æquitatem Juris Gentium, non omnino improbantibus ejus Juris Interpretibus.*

(2) On en traitera ci-deſſous, Chap. X. §. 14. *Cùm debitor*, diſent les Juriſconſultes Romains, *gratuitâ pecuniâ utatur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi pigneratæ ad modum legitimum uſuras retinere.* DIGEST. Lib. XX. Tit. II. *In quibus cauſis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur*, Leg. VIII. Voyez Mr. NOODT, *de Uſuris & Fœn.* Lib. II. Cap. IX.

*ſuffiſantes , on ſe fait payer les riſques que l'on court de perdre ſon capital.* Mais la raiſon principale pourquoi on peut, à mon avis, ſtipuler un intérêt modique, non pas d'un Pauvre à qui l'on prête, mais d'un Créancier qui doit en profiter, c'eſt qu'on perd le gain que l'on auroit fait ſi l'on eût eu ſon argent entre ſes mains, & que l'on ſe deſſaiſit de ſon bien ſans recevoir autre choſe à la place qu'un ſimple droit qui nous donne action en Juſtice contre le Créancier: outre qu'il eſt juſte d'avoir part au profit que retire de nôtre argent une perſonne à qui on n'étoit obligé de le prêter ni par les Loix de la Juſtice, ni par celles de l'Humanité. La queſtion ſe réduira donc à une diſpute de mots. Et qui ne riroit d'entendre dire à certaines gens, qu'ils ne prennent point d'intérêt de l'argent qu'ils prêtent, mais ſeulement un dedommagement (3) de ce qu'ils perdent par-là ? D'ailleurs, ces ſubtilitez ſuperſtitieuſes ne s'accordent pas avec les maximes de la Juriſprudence Romaine, qui diſtingue entre les intérêts fixes que l'on (4) ſtipule par avance d'un Créancier; & le dédommagement qu'on exige pour divers ſujets, & entr'autres à cauſe de celui qui doit nous donner ou nous rendre une choſe, ne l'a pas fait en ſon tems; dédommagement qui doit répondre à la perte que l'on a faite actuellement, quelle que ce ſoit; quoique comme il eſt difficile de la déterminer au juſte, (5) on en régle ſouvent l'eſtimation ſur le pié des intérêts ordinaires. Or, s'il

(3) *Id quod intereſt.* Et ils entendent par-là, comme font auſſi les Juriſconſultes Romains, tant le profit qu'on a manqué de faire, que la perte qu'on fait poſitivement. *Si commiſſa eſt Stipulatio*, ratam rem dominum habiturum:*in tantum competit,in quantum mea interfuit : id eſt , quantum mihi abeſt, quantumque lucrari potui*. Dig. Lib.XLVI.Tit. VIII. *Ratam rem haberi*,&c. Leg. XIII.Voyez auſſi Cod.Lib.VII.Tit.XLVII. *De ſententiis quæ pro eo quod intereſt proferuntur*;& Mr.Noodt ubi ſuprà , *Lib*. I. Cap. XII. Lib. II.Cap. VI.

(4) Dans les *Contracts de droit rigoureux* , il falloit abſolument une *ſtipulation* dans les formes. *Reſpondit* [ Africanus ] *pecuniæ quidem creditæ uſuras , niſi in ſtipulationem deductas , non deberi*. Digest. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis* , Leg. XXIV. *Si pactum nudum de præſtandis uſuris interpoſitum ſit , nullius eſt momenti*. Paul. *Sentent*. Lib. II. Tit. XIV. §. 1. Une *ſimple Convention* ne donnoit droit de demander en Juſtice les Intérêts , qu'aux Banquiers ou Changeurs ; aux Communautez ; à ceux qui mettoient leur argent à la groſſe avanture,ou qui prêtoient de quelqu'autre maniere approchante;& à ceux qui prêtoient du Bléou de l'Orge, &c. On ne pouvoit non-plus rien exiger, lorſque l'on avoit ſimplement dit que l'on donnoit à intérêt, ſans marquer ſur quel pié le Débiteur devoit le payer. Il n'y avoit que les Banquiers, par rapport auſquels une telle ſtipulation fût valide ; & Justinien , qui leur accorda ce privilége , ordonna qu'ils ſeroient cenſez avoir prêté à raiſon de huit pour cent. Du reſte, longtems avant cet Empereur, on pouvoit prêter juſqu'à douze pour cent, ce qui s'appelloit *Uſura centeſima* ; mais pas plus haut : excepté, 1. Quand on donnoit de l'argent à la groſſe avanture ; car alors il n'y avoit point de bornes marquées par les Loix , non-plus que dans certaines Conventions conditionnelles. 2. En matiere de Denrées ; car une Loi de Constantin , rapportée dans le Code Theodosien , permet d'exiger trois Boiſſeaux de Blé , pour deux qu'on en prête. 3. Lors auſſi que quelqu'un ayant été condamné en Juſtice à payer une certaine ſomme , ne ſatisfaiſoit pas au bout de deux mois après la Sentence , il devoit les intérêts depuis ce tems-là , ſur le pié de vingt-quatre pour cent , ſi le Créancier le ſommoit de payer après trois mois écoulez. Mais c'étoit en vertu de la Loi , & non par un effet de la convention des Parties. Pour les *Contracts de bonne foi*, une ſimple Convention ajoûtée ſur le champ , autoriſoit à exiger les intérêts. Voyez ſur tout ceci , Mr. Noodt, Lib. II. Cap. III , & *ſeqq*. Lib. III. Cap. I. II. III. IV. V.

(5) *In ejuſmodi ſtipulationibus , quæ quanti res eſt , promiſſionem habent , commodius eſt certam ſummam comprehendere : quoniam plerumque difficilis probatio eſt , quanti cujuſque interſit , & ad exiguam ſummam deducitur*. Digest. Lib. XLVI. Tit. V. *De Stipulat. Prætoriis*, Leg. XI. Quand on doit une *choſe en eſpece* , comme l'uſage en eſt déterminé , on peut auſſi fixer le dommage qui provient du retardement dans tel ou tel cas ; & ainſi il n'eſt pas ordinairement néceſſaire d'en borner l'eſtimation à un certain pié , ſur quoi l'on ſe régle dans tous les cas. Mais il n'en eſt pas de même de l'Argent qu'on doit. Le Créancier faute d'être payé au terme , peut ſouffrir du dommage en une infinité de manieres auſquelles le Débiteur n'a nullement penſé , & qui ne ſont , par rapport à lui , qu'autant de cas fortuits : deſorte que , tout ce que le Créancier peut prouver lui être dû à cauſe du retardement , c'eſt l'intérêt de la ſomme dont il s'agit. Mr. Noodt , de qui je tire cette remarque , *Lib*. II. *Cap*. VI. fait voir auſſi , *Lib*. III. *Cap*. VI. & *ſeqq*. que pendant les tems de la *République Romaine*, on ne pouvoit point demander d'intérêt en Juſtice , par la raiſon que le Débiteur étoit en demeure de payer ; à moins qu'on ne l'eût ſtipulé d'avance dans le Contract. Mais quelques Juriſconſultes en ayant introduit la coûtume , ſurtout en matiere de Societé , les Empereurs l'étendirent à tous les *Contracts de bonne foi* ſans exception ; comme auſſi aux *Legs* & aux *Fideicommis*. Pour les *Contracts de droit rigoureux* , il falloit toûjours une ſtipulation dans les formes ; ſans quoi on ne pouvoit rien demander , pas même depuis que l'on étoit entré en procès. Au reſte , ſi l'on joint à cet excellent Ouvrage de Mr. Noodt , que j'ai cité tant de fois , les Traitez du docte Saumaise , intitulez , *De Uſuris* , *De modo Uſurarum* , & *de Fœnore Trapezitico* ; on n'aura rien à déſirer en

eſt permis de ſe faire payer le profit ceſſant, & le dommage ſurvenant, lorſque le Débiteur manque à ſatisfaire au terme; pourquoi ne pourroit-on pas ſtipuler par avance un certain profit fixe, en dédommagement de ce que l'on perdra pour n'avoir pas eu cet argent entre les mains, ou du gain qu'on en auroit retiré ſi on l'eût fait valoir ſoi-même pendant tout le tems dont on convient avec un Emprunteur, en faveur de qui on n'eſt point tenu de ſouffrir cette perte, ni de ſe priver de ce gain?

§. XII. Enfin le Prêt à uſure eſt abſolument néceſſaire dans l'état où la Societé Humaine ſe trouve depuis long-tems (1). Il n'y auroit pas aſſez de gens qui vouluſſent prêter gratuitement une auſſi grande quantité d'argent que celle qu'on eſt obligé tous les jours d'emprunter pour les beſoins de la vie & pour le Commerce, tel qu'on le voit établi parmi la plûpart des Nations civiliſées (a). C'ela eſt ſi vrai, que l'on a inventé & que l'on tolére partout divers expédiens qui ſervent à éluder la déciſion du Droit Canonique au ſujet du Prêt à uſure. Il faut mettre en ce rang les *Rentes* (2)

Divers moyens qu'on a inventez pour éluder la défenſe de prêter à intérêt.

(a) Voyez *Bacon*, Sermon. fide. Cap. XXXIX.

tout ce qui regarde l'hiſtoire du Prêt à uſure, le langage & les déciſions du Droit Romain ſur cette matiere. Dans le dernier Ouvrage, Saumaise défend auſſi les Magiſtrats des *Provinces-Unies*, ſur la permiſſion du *Prêt Lombard*, dont nôtre Auteur traite au paragraphe ſuivant, & que les Théologiens condamnoient, juſqu'à excommunier ceux qui exerçoient ce commerce. Le célebre Gisbert Voet, Jean Cloppenburg, furent les principaux qui écrivirent là-deſſus contre les *Lombards*. Mais un autre Théologien auſſi célébre, Samuel Desmarais, ſe déclara pour eux, dans une *Diſſertatio Epiſtolica*, imprimée à *Leide* en 1640. avec des Notes de Theodore Graswinckel, par leſquelles celui-ci, qui étoit Juriſconſulte, prétendit la réfuter. Cette Diſſertation étoit écrite à l'occaſion d'un Traité de Marc Zuerius Boxhornius, Profeſſeur en Hiſtoire & en Belles-Lettres, qui avoit pris auſſi le parti contraire à celui de Saumaise. Mais en revanche Martin Schoockius, qui n'étoit pas non-plus Théologien, publia en faveur du Magiſtrat & des *Lombards*, une Diſſertation *de Uſura Trapezitica*, qui eſt la XXVIII. de la ſeconde Edition de ſes *Exercitationes Variæ*, imprimées à *Utrecht* en 1663. Car c'eſt par inadvertence qu'on le met au rang de ceux qui ont écrit contre Saumaise, dans la *Bibliotheca Juris Selecta* de Monſieur Struvius, page 213 de la 5. *Edit.*

§. XII. (1) Les uns, dit Mr. La Placette, *ubi ſuprà*, Chap. I. ne peuvent ſe paſſer de prêter; les autres ont beſoin qu'on leur prête. I. S'il n'eſt pas permis de ſtipuler aucun intérêt, que deviendroit une infinité de perſonnes qui ont tout leur bien en argent? Elles le conſumeront en très-peu d'années, & après cela comment ſubſiſteront-elles? En vain répondroit-on, que ces gens-là doivent apprendre quelque Art, ou quelque Métier, s'appliquer au Commerce ou à l'Agriculture. Cela eſt bien-tôt dit: Mais, de bonne foi, trouve-t-on qu'il n'y ait pas dans le monde aſſez de Laboureurs, aſſez d'Artiſans, aſſez de Marchands? Les Terres ne ſont-elles pas ſuffiſamment cultivées dans toute l'*Europe*, ſi l'on en excepte les lieux qui ont été expoſez à la fureur de la Guerre? Bien-loin qu'il n'y ait pas aſſez de Marchands & d'Artiſans, n'eſt-il pas viſible qu'il y en a trop, puiſque ces Profeſſions ne peuvent pas faire ſubſiſter bien des gens, & que le grand nombre de ceux qui s'y adonnent les oblige à chercher chaque jour de nouvelles inventions pour nourrir ou pour irriter la Vanité & l'intempérance. II. Mais (& cette conſidération rend les Prêts à uſure plus néceſſaires) que deviendront tant de miſérables qui ne ſubſiſtent que par le moyen de ce qu'ils empruntent? Que deviendroient les Marchands, parmi leſquels il y en a un ſi grand nombre dont le commerce ne roule que ſur des fonds qu'on leur a prêtez? Que deviendroient tant de Bourgeois & de Laboureurs, qui de tems en tems ſe trouvent ſurpris d'un beſoin preſſant de cent choſes qu'ils ne ſauroient avoir que par cette voye? Trouveront-ils toûjours à point nommé des gens qui leur prêtent gratuitement ce qui leur eſt néceſſaire? Cela ſe pourroit, ſi tous les Hommes étoient charitables; mais y en ayant ſi peu qui le ſoient, & parmi ceux qui le ſont, y en ayant ſi peu qui ſoient en état de prêter, au lieu qu'une infinité de gens ont beſoin qu'on leur prête; il eſt clair que cette reſſouce n'a aucune proportion avec leurs néceſſitez. Et l'on peut dire, que ce que les perſonnes charitables peuvent & doivent prêter gratuitement, n'eſt pas la centieme partie, peut-être pas la millieme, de ce qu'une infinité de gens ont inceſſamment beſoin d'emprunter. Ainſi il n'importe guéres moins au Genre Humain, qu'il ſoit quelquefois permis de prêter à intérêt, que de reſſerrer cette permiſſion dans de certaines bornes au-delà deſquelles on ne doive jamais aller. Voyez auſſi Mr. Noodt *de Fœnore & Uſuris*, Lib. I. Cap. VI. L'expérience fit voir autrefois à un Empereur la néceſſité du Prêt à uſure. Basile *le Macédonien* ayant voulu le défendre abſolument, par un zéle inconſidéré & une pieté mal entenduë; ſon Fils, Leon *le Philoſophe*, fut obligé d'abolir cette Ordonnance, & il permit de prêter ſur le pied de quatre pour cent; ayant reconnu, dit-il, que les défenſes de ſon Prédéceſſeur étoient préjudiciables à l'Etat, parceque ceux qui avoient de l'argent, n'en vouloient point prêter à ceux qui en avoient beſoin; deſorte, ajoûte-t-il, qu'*une telle Loi eſt au-deſſus de la portée de la Nature Humaine*. Propter *paupertatem res illa non in melius (quem tamen finem Legiſlator propoſuerat) ſed contra in pejus vertit. Qui enim ante uſurarum ſpe ad mutuandam pecuniam prompti fuerant, poſt latam Legem, quod nihil lucri ex mutuo percipere poſſint, in eos qui pecuniis indigent, difficiles atque immites ſunt. . . . propterea quod Humana Natura ad illius* [Legis] *ſublimitatem non perveniat, egregium illud præſcriptum abrogamus.* Novell. Leon. LXXXIII.

(2) Elles ſont formellement permiſes par le Pape Martin V. Extravagant. commun. *Lib.* III. Tit. V.

*conſtituées à prix d'argent*, ou cette ſorte de Contract par lequel on prête de l'argent ſur un Immeuble que le Débiteur nous engage pour le payement d'une certaine ſomme, ou d'une certaine quantité de fruits qu'il doit nous donner tous les ans, & cela ou à perpétuité, ou pour un tems qui eſt tantôt fixé à un certain terme, tantôt incertain & illimité; c'eſt-à-dire, pendant la vie du Créancier. (b) De ces rentes les unes peuvent être amorties ou rachetées, en rendant l'argent qu'on avoit reçu; les autres non. Quelquefois même lorſque la choſe engagée vient à périr, le Débiteur ne laiſſe pas d'être tenu après cela de payer la rente tout de même qu'auparavant, enſorte que l'obligation eſt inſéparablement attachée à ſa perſonne. Or, qui ne voit qu'entre ce Contract & celui du Prêt à uſure, il n'y a aucune différence que dans les termes? Mais les *Papes* eux-mêmes n'ont-ils pas permis le Prêt à uſure ſous le beau nom de *Monts de pieté?* Les Directeurs de ces fonds prêtent aux Pauvres juſqu'à trois Ecus (c) ſans gages & ſans intérêts; mais ils prennent des gages pour une plus haute ſomme, & ſe font donner tant par mois ſur un pié modique. Que ſi au bout d'un an le Débiteur ne paye pas, on fait vendre le gage à l'encan, & on rend au Proprietaire ce que l'on en a tiré au-delà de la ſomme qu'il devoit. Voilà en general les maximes & la pratique de ces Bureaux. Il y a beaucoup de rapport entre les *Monts de pieté*, & le *Prêt Lombard;* à cela près que celui-ci n'eſt jamais gratuit ni ſans gages. On l'appelle ainſi, parcequ'autrefois ceux qui faiſoient métier en *France* de prêter à intérêt étoient la plûpart *Lombards*, ou *Juifs*, qui depuis furent bannis du Royaume, à cauſe que par leurs extorſions & leurs uſures mordantes, ils s'étoient attirez la haine publique (d). Cette ſorte de Prêt à uſure, après bien des diſputes, fut enfin approuvée par autorité publique dans le *Pays-Bas*, comme une choſe licite & avantageuſe à l'Etat, juſques-là que les Eccléſiaſtiques même y font valoir leur argent de cette maniere, ſans que perſonne y trouve à redire. Ceux qui connoiſſent l'art du Négoce, ſçavent auſſi comment on élude la défenſe de prêter à uſure par le moyen du (3) *Change ſec.* On peut rapporter encore ici ce que l'on appelle *Mohatra*, d'un terme Eſpagnol, par où l'on entend une eſpece de Contract qui ſe fait, lorſqu'un homme ayant beſoin d'argent achete à crédit au plus haut prix des Marchandiſes, qu'il revend ſur le champ au Marchand même qui les lui paye argent comptant ſur le pié du plus bas prix (e). Il y a quelque choſe de plus tolérable dans un Contract fort en uſage chez les *Moſcovites*, par lequel on (f) prend à crédit pour un long terme des Marchandiſes que l'on revend ſur le champ à un tiers argent comptant, mais à un plus bas prix; ſoit pour payer une dette dont on peut ſe décharger ſans donner un intérêt exorbitant à ceux de qui l'on ſeroit contraint d'emprunter; ſoit pour faire un gain ſi conſidérable, que quand le terme du payement des Marchandiſes ſera venu, il ſe trouve qu'elles nous reviennent à bon marché. On ne peut cependant qu'approuver les (g) Loix Civiles qui réglant les intérêts, ne permettent pas aux Particuliers d'en prendre ſur un pié auſſi haut que leur avidité le demanderoit. Mais il n'eſt pas injuſte, à

(b) Voyez *Franc. Hotomann.* Obſerv. II, 15. & *Joann Labard.* Hiſt. Gall. *Lib.* VI. pag. 393.

(c) L'Empereur *Alexandre Severe* avoit fait à-peu-près un ſemblable établiſſement. Voyez *Jul. Capitolinus*, Cap. XXI.

(d) Voyez l'*Introduction à l'Apologie pour Hérodote*, par *H. Etienne*, Liv. I. Chap. VI. pag. 31. *Edit. de* 1607.

(e) Voyez les *Lettres Provinciales de Paſcal*, Lett. VIII. avec les Notes de *Nicole* ſous le nom de *Wendrock*, Note 3.

(f) Voyez *Olearius*, *Itin. Perſ.* Lib. III. Cap. VII.

(g) Voyez par ex. celle des *Egyptiens* dans *Diod. de Sicile*, Lib. I. Cap. LXXIX. & la *Nov.* LXXXIII. de *Leon*, citée dans la *Note* 1. de ce paragraphe.

*De Emptione & Vendit.* Cap. I. & par CALIXTE III. ibid. Cap. II. Voyez la NOVELL. CLXI. de JUSTINIEN. & Mr. NOODT, Lib. I. Cap. XII.

(3) C'eſt celui dont le payement ſe doit faire dans le lieu même où la ſomme a été comptée, deſorte que c'eſt au fond un véritable intérêt. Il eſt opposé au *Change réel*, qui ſe diviſe en *menu* & *local*. Le *menu* conſiſte dans le changement des eſpeces, lorſqu'on donne, par exemple, de l'argent pour de l'Or, ou de l'Or pour de d'Argent, moyennant un petit profit. Le *Change local*, c'eſt lorſque l'on prend une certaine ſomme pour en faire compter une ſemblable en un autre lieu. Voyez ſur tout ceci Mr. *La Placette*, dans le dernier Chap. de ſon Traité *de l'Intérêt*.

mon avis, d'exiger un plus (4) haut intérêt de ceux à qui l'on prête pour peu de tems, que de ceux qui empruntent juſqu'à un terme conſidérable.

## CHAPITRE VIII.

### *Du Contract de* SOCIETE'.

*Ce que c'eſt que le Contract de Societé.*

§. I. LE *Contract de* SOCIETÉ ſe fait, (1) *lorſque deux ou pluſieurs perſonnes mettent en commun leur argent, leurs biens, ou leur travail, à la charge de partager entr'eux le gain* (2) *& de ſupporter les pertes qui en arriveront, chacun à proportion de ce qu'il contribue du ſien.* Deſorte que s'ils ont tous fourni une égale

(4) La raiſon en eſt, & l'Auteur ne devoit pas oublier de le dire, que bien que l'intérêt paroiſſe alors exceſſif, c'eſt néanmoins peu de choſe pour l'Emprunteur, qui employe d'ordinaire cet argent à des uſages, d'où il lui revient un profit beaucoup plus conſidérable que ce qu'il donne au Créancier pour un tems fort court. D'ailleurs, outre que les ſommes qu'on emprunte pour peu de tems ſont le plus ſouvent de petites ſommes, dont l'intérêt, payé ſur le pied ordinaire, ſe réduiroit preſque à rien, & ne vaudroit pas la peine que prendroit le Creancier (Voyez le Traité de Mr. LA PLACETTE; Chap. XXII.); il peut arriver, que dans ce petit intervalle il perde l'occaſion de placer ſon argent pour long-tems, ou d'en faire quelque profit conſidérable, dequoi il ne ſeroit dédommagé en aucune maniere, ſi on ne lui payoit un plus haut intérêt qu'il n'en prend d'une perſonne à qui il donne ſon argent juſqu'à un terme conſidérable. Au reſte, notre Auteur rapportoit ci-deſſus, §. 4. à la fin, une coûtume des anciens habitans de la ville de *Cnoſſe* en *Candie*, qui ſera mieux placée dans ce paragraphe, puiſqu'elle n'eſt autre choſe qu'une maniere d'éluder le Prêt à uſure. En cet endroit-là donc au rapport de PLUTARQUE, *Quæſt. Græc.* Pag. 303. *B. Edit. Wech.* ceux qui empruntoient de l'argent à intérêt, le prenoient par force; afin, dit cet Auteur, que s'ils refuſoient de payer de bonne grace l'intérêt au créancier, celui-ci pût avoir contr'eux action de violence, & les faire punir plus rigoureuſement. Avant que de finir cette matiere, ajoûtons encore un mot, après Mr. LA PLACETTE, Chap. XXV. ſur ce que l'on appelle *Bodémerie*, ou *groſſe avanture*. Cette ſorte de Contract conſiſte à prêter de l'argent ſur un Vaiſſeau Marchand, ſous cette condition, que le Créancier perd ſon argent, au cas que le Vaiſſeau, ou les marchandiſes, ſur qui il prête, viennent à périr. Comme le Créancier hazarde toûjours beaucoup par-là, il exige auſſi un intérêt beaucoup plus haut que l'ordinaire, & proportionné aux riſques auſquelles il s'expoſe. Le Droit Civil le permet, DIGEST. Lib. XXII. Tit. II. *de Nautico fœnore*; & il n'y a rien d'oppoſé au Droit Naturel. Car enfin les riſques auſquels le Prêteur s'expoſe, ſont ſuſceptibles d'eſtimation; & par conſéquent il peut, d'un côté s'y oppoſer, moyennant un certain prix; de l'autre, ſtipuler ce prix de ceux en faveur de qui il court un tel danger. En un mot, un tel Traité n'a rien de plus oppoſé à la Juſtice, que le *Contract d'aſſurance*, dont on parlera dans le Chap. IX. §. 8. Voyez Mr. NOODT, *De Uſuris & Fœnore*, L. II. C. VII.

CHAP. VIII. §. I. (1) GROTIUS croit que c'eſt un *Contract Mixte.* Mais voyez ce que l'on a dit ci-deſſus, Chap. I. §. 10. Il faut remarquer, que la Societé ſe contracte quelquefois tacitement, lors, par exemple, qu'ayant acheté une choſe en commun, on ne la partage point, &, ſans s'expliquer davantage, on en jouït également, tirant chacun ſa portion du profit qui en revient, & contribuant ſelon ſa quotte-part aux dépenſes néceſſaires pour ſon entretient. *Societatem coire & RE, & verbis, & per nuncium, poſſe nos dubium non eſt.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. II. *Pro Socio*, Leg. IV. *princip.* Voyez une Diſſertation de Mr. HERTIUS, intitulée, *De Societate facto contracta*, qui ſe trouve parmi celles du III. Tome de ſes *Commentat. & Opuſcula*, &c. Notre Auteur citoit ici la Loi LXXXIII. du même Titre; apparemment pour prouver cette partie de la définition qui regarde la proportion qu'il doit y avoir dans le Contract de Societé, ſelon ce que chacun a contribué au fonds commun. Mais il s'agit là des choſes communes en general, d'où que vienne la communauté. Cette Loi renferme d'ailleurs des ſubtilitez, ſur leſquelles de grands Juriſconſultes Modernes prétendent que les Anciens n'étoient pas bien d'accord enſemble. On peut voir, ſi l'on veut, FRANÇOIS HOTOMAN, *Obſerv.* V. 14. EDMOND MERILLE, *Diſſert. Jur. ex libris* Manualium JUL. PAULLI, Cap. 8. & JEAN DE LA COSTE, ſur les INSTITUTES, Lib. II. Tit. I. *De rer. diviſ.* §. 31.

(2) *Sicuti lucrum, ita damnum quoque commune eſſe oportet, quod non culpâ ſocii contigit.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. II. *Pro ſocio*, Leg. LII. §. 4. Ainſi il faut ajoûter cette reſtriction, *que la perte ne ſoit pas arrivée par la faute de l'un des Aſſociez*; car alors cet Aſſocié en eſt reſponſable, enſorte qu'il ne ſauroit légitimement prétendre compenſer une perte, qui eſt l'effet de ſa négligence, par les ſervices qu'il peut avoir rendus d'ailleurs à la Societé, puiſqu'il n'a fait que ce à quoi il étoit tenu par le Contract. *Si ſocius quadam negligenter in ſocietate egiſſet, in pleriſque autem ſocietatem auxiſſet, non compenſatur compendium cum negligentia.* Ibid. *Leg.* XXVI. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT page 385. & ſur toute cette matiere les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, Part. I. Liv. I. Tit. VIII. Pour la Loi LX. §. 1. que notre Auteur citoit, elle renferme une déciſion très-dure & très-injuſte; car elle veut qu'un Aſſocié, après avoir été bleſſé par un Eſclave qu'il pourſuivoit, & qui appartenoit à la Societé, ſe faſſe traiter à ſes propres dépens; parce, dit-on, qu'encore qu'il ſoit engagé à cette dé-

ſomme d'argent, le gain & la perte ſe partagent auſſi également (3); mais ſi l'un a donné plus, l'autre moins, chacun y entre pour ſa part, ſelon la proportion Géométrique. La même choſe a lieu lorſque deux ou pluſieurs perſonnes aſſociées pour leur travail (4), prennent également ou inégalement de la peine, ou lorſque l'un y eſt pour ſa peine (5), l'autre pour ſon argent, ou enfin lorſque chacun contribue & de ſon argent & de ſa peine (6).

On compare l'*argent* avec la *peine* en differentes manieres.

§. II. QUAND on vient à ſe ſéparer, ſi les Aſſociez n'ont mis en commun que de l'argent, chacun retire d'abord autant qu'il avoit donné, & prend enſuite à proportion ſa part du gain. Mais ſi l'un a donné ſon argent (1), & l'autre ſa peine, il faut voir ſur quel pié ils s'étoient aſſociez; car lorſqu'on met en commun d'un côté le travail & l'induſtrie, de l'autre ſeulement l'uſage d'une certaine ſomme; celui qui fournit l'argent n'en rend pas l'autre Aſſocié copropriétaire, (2) il s'engage ſeulement à partager avec lui le gain qui proviendra de cet argent & de ce travail joints enſemble, à proportion de ce que chacun a contribué. En ce cas-là, comme d'un côté celui qui n'avoit fourni que ſa peine n'entre point, lorſque la Societé finit, en portion de la ſomme qui a fait le premier fonds du commerce; de l'autre, celui qui avoit fourni cette ſomme en étant ſeul légitime Proprietaire, il faut qu'il ſoit rembourſé avant toutes choſes; mais auſſi ſi elle vient à ſe perdre c'eſt pour ſon compte. Ainſi dans une telle Societé on compare avec la peine de l'un des Aſſociez, non pas le fonds même de l'autre, mais les riſques que celui-ci court de perdre ſon argent, & le gain qu'il pouvoit vraiſemblablement attendre. Deſorte que s'il s'agit de partager le profit

entre

penſe à l'occaſion de la Societé, ce n'eſt pas pour la Societé même qu'il l'a fait. *Socius, cùm reſiſteret communibus ſervis venalibus, ad fugam erumpentibus, vulneratus eſt. Impenſam, quam in curando ſe fecerit, non conſequuturum pro ſocio actione,* LABEO *ait: quia id non in ſocietatem, quamvis propter ſocietatem, impenſum ſit.* Mais n'eſt-ce pas en faiſant les affaires de la Societé que cet homme-là a été bleſſé? L'opinion contraire prévalut avec raiſon: car il y a une autre Loi du même Titre, où l'on dit, que ſi un Aſſocié allant en voyage pour le négoce de certains Habits de gens de Guerre, tombe entre les mains des Voleurs qui lui prennent ſes hardes ou ſon argent, ou qui bleſſent un de ſes Eſclaves, il ſera dédommagé de cette perte ſur le fonds commun. *Quidam ſagariam negotiationem coïerunt: alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, ſuamque pecuniam perdidit: ſervi ejus vulnerati ſunt reſque proprias perdidit: Dicit* JULIANUS, *damnum eſſe commune, ideoque actione pro ſocio damni partem dimidiam agnoſcere debere, tam pecuniæ, quàm rerum ceterarum quas ſecum non tuliſſet ſocius, niſi ad merces communi nomine comparandas proficiſceretur.* Leg. LII. §. 4. La Loi dont il s'agit, & qui eſt du Juriſconſulte POMPONIUS, ſe trouve auſſi corrigée par la ſuivante qui eſt d'ULPIEN: SECUNDUM Julianum *tamen, & quod Medicis pro ſe datum eſt, recipere poteſt. Quod verum eſt.* Ibid. Leg. LXI.

(3) Καθάπερ ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω, &c. ARISTOT. *Ethic. Nicom.* Lib. VIII. Cap. XVI. Voyez *Quintilien*, Declam. CCCXX. C'eſt en ce ſens, ajoûtoit notre Auteur, qu'il faut entendre la Loi XXIX. *princip.* du Titre qui vient d'être cité; laquelle porte, que ſi les portions de perte & de gain ne ſont pas réglées par le Contract de Societé, elles ſeront égales. *Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eas eſſe conſtat.* Mais d'autres croyent qu'il s'agit là d'une égalité pure & ſimple, comme je l'ai remarqué ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XII. §. 24. *Note* 4. Mr. NOODT a entrepris de réfuter leurs raiſons, dans ſon Commentaire, *page* 380, 381. Je voudrois pouvoir dire qu'il ne reſte plus de difficulté; mais il faudroit trop s'étendre, & ce n'en eſt pas ici le lieu.

(4) *Duo ſocietatem coïerunt, ut Grammaticam docerent, & quod ex eo artificio quæſtûs feciſſent, commune eorum eſſet.* DIGEST. ubi ſuprà, *Leg.* LXXI. *princip.*

(5) *Nam & ita coïri poſſe ſocietatem non dubitamus, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit: quia ſæpè opera alicujus pro pecunia valet.* INSTITUT. Lib. III. Tit. XXVI. *De Societate*, §. 2.

(6) Comme quand deux Marchands s'aſſocient enſemble, & qu'ils font tous deux le même négoce. Voyez la Loi LII. §. 4. cité ſur la *Note* 2. de ce paragraphe.

§. II. (1) Ce que l'Auteur dit de l'argent, il faut l'entendre auſſi des effets, des marchandiſes, & de toute autre choſe en un mot qui eſt diſtincte de la peine, & qui ſe met au rang des biens de l'Aſſocié.

(2) Pas plus que celui qui donne un Fonds de terre à cultiver n'en rend coproprietaire le Laboureur avec qui il partage les fruits; ou que celui qui remet un Troupeau à un Berger, à condition d'avoir la moitié de la laine, du lait, & des autres revenus, ne le partage avec lui, quand la Societé finit. *Si in coëunda ſocietate.... artem operamve pollicitus eſt alter, veluti quum pecus in commune paſcendum, aut agrum politori* (Mr. *de* BYNKERSHOEK lit *olitori*, Obſerv. III, 9. ce qui ne change rien au ſens) *damus in commune quærendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa præſtanda eſt.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. II. *Pro ſocio*, Leg. LII. §. 2.

(3) Cela

entre deux Aſſociez, dont l'un a fourni, par exemple, mille écus, & l'autre un travail qui n'en vaut que cent, il ne faut pas ſimplement donner à celui-ci un dixiéme; mais plûtôt on doit comparer ſa peine avec ce à quoi peuvent ſe monter les riſques auſquels l'autre a expoſé ſon argent, & avec le gain qu'il avoit lieu de s'en promettre; & ſi cela ne va pas au-delà de cent écus, alors chacun aura une portion égale du profit. Le plus court eſt néanmoins de faire l'eſtimation de ces riſques & de ce gain, ſur le pié des intérêts que l'on donne ordinairement pour un argent prêté. Ainſi ſuppoſé que les intérêts ſoient fixez à ſix pour cent, ſi l'un des Aſſociez ayant fourni mille écus, la peine de l'autre en vaut ſoixante, le gain doit être partagé également; mais quelquefois on met en commun le travail & l'argent, de maniere que celui qui donne ſa peine devient (3) coproprietaire de la ſomme même que l'autre fournit, & alors la valeur du travail étant cenſée jointe à l'argent pour ne faire qu'un ſeul tout ou un ſeul fonds, on compare le travail avec l'argent; enſorte que celui qui ne fournit que ſa peine, a part aux deniers du fonds à proportion de ce qu'elle vaut. Surquoi pourtant il faut ſuppoſer que l'argent ait été employé à acheter des Marchandiſes brutes & informes, que cet Aſſocié a travaillées & miſes en œuvre; par exemple, ſi j'ai donné cent écus à un Drappier pour acheter de la Laine crue dont il a fait du Drap, & que la peine de cet Ouvrier vaille auſſi cent écus, il eſt clair que le Drap appartient également à lui & à moi, & que chacun de nous doit avoir une portion égale de ce qu'il ſera vendu, ſans que je puiſſe d'abord me rembourſer de l'argent que j'ai fourni, & partager enſuite le reſte avec le Drappier (a).

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XII. §. 24. *num.* 2.

*Des Societez irrégulieres.*

§. III. Il faut remarquer ici, que l'on peut quelquefois ſans injuſtice ſtipuler qu'un des Aſſociez aura part au gain (1), ſans entrer rien dans les pertes; mais c'eſt alors une *Societé irréguliere*, qui tient quelque choſe du *Contract de Societé*, & de celui d'*Aſſurance*. Pour y garder une juſte égalité, (2) il faut que celui qui ſe charge ſeul des riſques & périls, ait une portion de gain plus grande, à proportion de ce à quoi ſe monte l'avantage qui revient aux autres Aſſociez d'être déchargez ou en tout, ou en partie, des pertes qui peuvent arriver par mille accidens imprévus. Mais il eſt contre la nature des Societez, que l'un des Aſſociez ſouffre des pertes (3) ſans avoir

(3) Cela a lieu auſſi en matiere d'autres choſes que l'Argent, comme quand on donne la place d'un Bâtiment, à condition que celui qui veut y bâtir en aura la moitié; ou quand on met en commun un Troupeau que l'autre Aſſocié doit paître; ou un Eſclave qu'il doit nourrir ou inſtruire, à condition que ſi on le vend au bout de quelques années, l'argent ſe partagera entre les deux Aſſociez. *Sed* ſi puerum docendum, *vel* pecus paſcendum *tibi dedero*, *vel* puerum nutriendum; ita ut, ſi poſt certos annos veniſſet, pretium inter nos communicaretur *abhorrere hac ab area . . . . Ergo ſi quis area dominium non tranſtulerit, ſed paſſus ſit te ſic ædificare, ut communicaretur vel ipſa, vel pretium, erit ſocietas.* Digest. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis*, Leg. XIII. §. 1.

§. III. (1) *Contra* Quinti Mucii *ſententiam obtinuit, ut illud quoque conſtiterit, poſſe convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur* Bien entendu, que ſi dans pluſieurs affaires de la Societé il y a du gain d'un côté, & de la perte de l'autre, on ne tient pour gain que ce qui reſte, la déduction des pertes étant faite. *Quod tamen ita intelligi oportet, ut ſi in alia re lucrum, in alia damnum illatum ſit; compenſatione factâ, ſolum, quod ſupereſt intelligatur lucro eſſe.* Instit. *ubi ſuprà* §. 2. Voyez Digest. Lib. XVII. Tit. II. Leg. XXIX. §. 1. & touchant l'opinion de *Q. Mucius Scevola*, qui fut rejettée, François Baudouin, *De Juriſprudentia Muciana*, page 254. *& ſeqq.* Muret ſur le paragraphe même des Institutes & Antoine Favre, *Rational.* T. V. page 152.

(2) *Quod ita demum valebit. . . . ſi tanti ſit opera quanti damnum eſt, plerumque enim tanta eſt induſtria ſocii, ut plus ſocietati conferat, quam pecunia; item ſi ſolus naviget, ſi ſolus peregrinetur, pericula ſubeat ſolus.* Digest. *ibid.* Au reſte, tout ce qu'on dit ici de l'égalité des portions de gain, doit être entendu avec cette reſtriction; *à moins qu'on n'en ſoit autrement convenu.* Car, alors le conſentement des Parties ſupplée à l'inégalité de ce que chacun a contribué du ſien, & il ſe fait un mélange de Donation & de Societé.

(3) Aristo *refert* Cassium *reſpondiſſe, ſocietatem talem coiri non poſſe, ut alter lucrum tantum, alter damnum ſentiret; & hanc ſocietatem* leoninam *ſolitum appellare. . . . Iniquiſſimum enim genus ſocietatis eſt, ex qua quis damnum, non etiam lucrum ſpectet.* Digest. ubi ſuprà, §. 2. Voyez Phædr. Lib. I. Fab. V.

aucune part au profit; toute Societé ſe contractant en vûë de quelque utilité que l'on s'en promet.

De la *Societé de tous les biens* generalement. *Devoirs* des *Aſſociez*.

§. IV. On met quelquefois en (1) commun tous ſes biens généralement, & alors tant que la Societé dure chacun des Aſſociez peut prendre du fonds commun, ſelon ſa condition, & autant que le permettent les Loix d'une ſage économie, ce qui lui eſt néceſſaire pour ſubſiſter honnêtement, lui (2) & les ſiens. Mais comme il peut arriver bien des cas qui leur faſſent prendre envie de ſe ſéparer (3), ils doivent en s'aſſociant régler d'avance quelle portion du gain reviendra à chacun. Surquoi (a) Grotius dit, que *dans une Societé de tous biens généralement, il ne faut pas comparer enſemble le profit qui ſe trouve provenir des biens de l'un ou de l'autre; mais celui que chacun avoit lieu vraiſemblablement d'en eſpérer*; c'eſt-à-dire, que l'on régle ordinairement les parts ſelon qu'on croit qu'il reviendra plus ou moins de gain des biens de chacun, ou de leurs acceſſoires, & non pas enſorte que dans le partage chacun prenne d'abord les biens qu'il avoit apportez dans le fonds commun, & enſuite ce qu'ils ont produit par eux-mêmes. En effet l'intention de ceux qui mettent leurs biens en commun, eſt que chacun des Aſſociez ait part au gain qui provient des biens des autres.

(a) *Ubi ſuprà*, num. 6.

Les Aſſociez ſe doivent réciproquement une entiere fidélité, (4) & une grande application à ménager les affaires communes. Surquoi il y a un beau paſſage de Ci-

§. IV. (1) *Societates contrahuntur ſive univerſorum bonorum, ſive negotiationis alicujus, ſive vectigalis, ſive etiam rei unius.* Digest. *ibid.* Leg. V.

(2) *Si ſocietatem univerſarum fortunarum ita coïerint*, ut quidquid erogaretur, vel quæretur, communis lucri atque impendii eſſet, *ea quoque, quæ in honorem alterius liberorum erogata ſunt, utrimque imputanda.* Ibid. Leg. LXXIII.

(3) *Nulla ſocietatis in æternum coïtio eſt.* Ibid Leg. LXX. Les Juriſconſultes Romains diſent, que quand la Societé auroit été contractée avec cette clauſe expreſſe de ne ſe ſéparer jamais, la nature même de la communauté, qui eſt une ſource de diviſions & de diſcordes, ſi elle n'eſt entierement libre, demande qu'il ſoit permis à chacun des Aſſociez d'y renoncer, quand bon lui ſemble; pourvû qu'il ne le faſſe pas à contre-tems & au préjudice des autres. *Si convenerit inter ſocios*, non intra certum tempus communis res divideretur, *non videtur conveniſſe, ne ſocietate abeatur. Quid tamen, ſi hoc convenit*, ne abeatur: *an valeat? Eleganter* Pomponius *ſcripſit, fruſtra hoc convenire; nam & ſi non convenit, ſi tamen intempeſtive renuncietur ſocietati, eſſe pro ſocio actionem. Sed etſi convenit*, ne *intra certum tempus ſocietate* abeatur, *& ante tempus renuncietur, poteſt rationem habere renunciatio: nec tenebitur pro Socio, qui ideo renunciavit, quia conditio quædam qua ſocietas erat coïta, ei non præſtatur: aut quid, ſi ita injurioſus & damnoſus ſocius ſit, ut non expediat eum pati?* Digest. *Ibid.* Leg. XIV. Voyez la derniere *Note* de ce paragraphe. *Quas* [diſcordias] *materia communionis ſolet excitare.* Lib. XXXI. *De legatis & fideicommiſſis*, II. Leg. LXXXVII. §. 20. Joignez ici ce que remarque Mr. Noodt, dans ſon Commentaire, *page* 383. & Mr. Heineccius, *Antiq. Roman. ad* Instit. Lib. III. Tit. XXIII. &c. §. 18.

(4) *Venit autem in hoc judicium pro ſocio bona fides.* Ibid. Leg. LII. §. 1. *Cum in ſocietatis contractibus fides exuberet*, &c. Cod. Lib. IV. Tit. XXXVII. *Pro ſocio*, Leg. III. *Socius ſocio utrum eo nomine tantum teneatur pro ſocio actione, ſi quid dolo commiſerit, ſicut is qui depoſitum apud ſe paſſus eſt; an etiam culpæ, id eſt, deſidiæ atque negligentiæ nomine: quæſitum eſt. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigenda eſt. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere ſocium, qualem ſuis rebus adhibere ſolet. Nam qui parum diligentem ſocium ſibi adſumit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet.* Instit. *ubi ſuprà*, §. 9. Tribonien joint ici deux Loix du Digeste, *Pro ſocio*, qui ne s'accordent guéres l'une avec l'autre, (ſçavoir, *Leg.* LII. §. 2. & LXXII.) ſelon ce que prétend Mr. Thomasius, *de Culparum præſtatione in Contractibus*, Cap. I. §. 24. Mais voyez le Commentaire de Mr. Noodt, *page* 384. qui les concilie, enſorte que l'une & l'autre tendent à établir qu'un Aſſocié n'eſt reſponſable que de ſa mauvaiſe foi, & de ce que les Juriſconſultes appellent *faute légére*. Pour moi, à en juger par le Droit Naturel, je m'en tiens à la Régle generale que j'ai poſée, au ſujet de tous les Contracts où l'on a en main les affaires ou le bien d'autrui de quelque maniere que ce ſoit; c'eſt qu'il faut faire tout ce que l'on feroit pour ſoi-même & pour ſon intérêt particulier, dans les choſes que l'on prend le plus à cœur. Et la pratique de cette maxime eſt ici d'autant plus juſte, que, comme les Juriſconſultes Romains eux-mêmes le diſent, l'Aſſociation eſt une eſpece de fraternité. *Societas jus quodammodo fraternitatis in ſe habet.* Digest. *Pro ſocio*, Leg. LXIII. *princip.* Mais pour ce qui eſt des cas fortuits, que toute la Prudence Humaine ne peut éviter, aucun des Aſſociez n'en eſt reſponſable. *Damna quæ imprudentibus accidunt, hoc eſt, damna fatalia, ſocii non coguntur præſtare.* Ibid. Leg. LII. §. 3. *Imprudentibus* eſt ici la meme choſe que *non providentibus*. Ainſi il ne paroît pas néceſſaire de corriger le Texte, comme font divers Auteurs. Voyez Joseph. Averani *Interpret. Jur.* Lib. II. Cap. 26.

CERON : (5) *C'eſt*, dit-il, *une des plus grandes infamies, que de tromper en la moindre choſe une perſonne qui eſt aſſociée avec nous, dans l'eſpérance qu'on lui aideroit à faire valoir ſes propres biens. A qui ſe fiera-t'on ſi l'on eſt trompé par ceux-là mêmes ſur la bonne foi de qui on ſe repoſe entierement ? Les Crimes qui méritent d'être punis avec le plus de rigueur, ce ſont ſans contredit ceux contre leſquels il eſt le plus difficile de ſe précautionner. Or on peut ſe garder des Etrangers. Il eſt impoſſible que ceux qui nous fréquentent familierement ne voyent bien des choſes ; ce ne ſont pourtant pas toûjours les plus ſecrettes. Mais le moyen d'éviter les friponneries d'un Aſſocié, duquel il n'eſt pas même permis de ſe défier, juſqu'à ce qu'on les ait découvertes ; puiſqu'un ſimple ſoupçon de mauvaiſe foi bleſſe ce que l'on doit à une perſonne avec qui l'on a contracté une liaiſon de cette nature. C'eſt donc avec raiſon que nos Ancêtres regardoient comme un très-malhonnête homme celui qui avoit trompé ſes Aſſociez.*

Au reſte, quoique pour le bien de la paix on ne doive pas être contraint de demeurer toûjours dans une Societé où l'on eſt une foi entré ; cependant la fidélité extrême que les Aſſociez ſe doivent réciproquement, demande qu'aucun d'eux ne s'aviſe de rompre lui ſeul le Traité à contre-tems, & au préjudice des autres (6).

---

# CHAPITRE IX.

## *Des* CONTRACTS OÙ IL ENTRE DU HAZARD.

*Il y a des Conventions où il entre du hazard.*

§. I. IL ne reſte plus qu'à parler en peu de mots des CONTRACS OÙ IL ENTRE DU HAZARD ; c'eſt-à-dire, dans leſquels *on fait quelque Convention au ſujet d'un évenement incertain* (1), *ou bien on conſent de part & d'autre de s'en rapporter à un cas fortuit.* Quelques-uns de ces Contracts ne ſuppoſent en aucune maniere le Prix des choſes ; cependant comme la plûpart ne ſçauroient être conçus ſans un tel établiſſement, nous traiterons ici de tous à la fois.

*Du Sort dont on ſe ſert pour décider certaines choſes en tems de Paix.*

§. II. IL y en a de *publics* & de *particuliers*. Les premiers ſe font ou dans la Paix, ou dans la Guerre. Dans la *Paix* on ſe ſert parmi pluſieurs Peuples de la voye du SORT, (1) pour choiſir les Juges, pour aſſigner les Gouvernemens des Provinces,

(5) *In rebus minoribus ſocium fallere turpiſſimum eſt .... neque injuria : propterea quod auxilium ſibi ſe putat adjunxiſſe, qui cum altero rem communicavit. Ad cujus igitur fidem confugiet, cùm per ejus fidem læditur, cui ſe commiſerit ? Atqui ea ſunt animadvertenda peccata maximè, quæ difficillimè præcaventur. Tecti eſſe ad alienos poſſumus : intimi multa apertiora videant neceſſe eſt. Socium verò cavere qui poſſumus ? quem etiam ſi metuimus, jus officii lædimus. Recte igitur Majores eum, qui ſocium fefelliſſet, in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere.* Orat. *pro Sext. Roſc. Amerino*, Cap. XL.

(6) LABEO .... *ſcribit, ſi renunciaverit ſocietati unus ex ſociis eo tempore, quo interfuit ſocii non dirimi ſocietatem, committere eum in pro ſocio actione. Nam ſi emimus mancipia, initâ ſocietate, deinde renuncies mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit, hoc caſu, quia deteriorem cauſam meam facis, teneri te pro ſocio judicio.* DIGEST. *ubi ſuprà*, Leg. LXV. §. 5. Voyez le reſte de cette Loi

CHAP. IX. §. I. (1) A cauſe de cette incertitude, celui à qui l'événement ne ſe trouve pas favorable, ne ſçauroit raiſonnablement ſe plaindre de la perte qui lui arrive, & à laquelle il s'eſt ſoûmis par avance. C'eſt la Loi génerale de ces ſortes de Contracts, auſquels il faut rapporter l'*achat d'une eſpérance incertaine*, dont l'Auteur a traité ci-deſſus, Chap. V. §. 6. Mr. HERTIUS met auſſi au nombre des Contracts où il entre du hazard, les *Rentes à fonds perdu* ; & la *Societé univerſelle* de tous biens, préſens & à venir. Voyez les *Parœmiæ Jur. Germanici*, du meme Auteur, *Lib.* I. *Cap.* XLIII. Mais le hazard ne conſtituë pas ici l'eſſence du Contract : il regarde ſeulement le plus ou moins d'utilité qui peut revenir à l'un ou à l'autre des Contractans, ſelon certaines circonſtances incertaines ou imprévuës.

§. II. (1) On peut voir ſur tout ceci, HADR. JUNII *Animadverſ.* Lib. II. Cap. V. de l'Edition augmentée, qui a paru en 1708. THOMAS GATAKER en a parlé plus exactement & plus à fond, dans ſon Livre Anglois *De la nature & de l'uſage des différentes eſpeces du Sort*, Chap. IV. & V. où il traite la matiere & hiſtoriquement, & en Moraliſte judicieux.

pour diſtribuer les Charges, lorſque les Concurrens (2) ſont égaux & à l'égard du droit que chacun a d'y prétendre, & à l'égard du mérite ou des qualitez néceſſaires pour ſe bien acquitter des fonctions de ces emplois; car autrement comme le (a) Sort eſt aveugle, ſi l'on prononce ſur ſa déciſion entre des Concurrens dont les prétenſions ne ſont pas également bien fondées, on court riſque de faire du tort à ceux qui ont un plus grand droit à ce qu'ils recherchent tous en même tems; & ſi leur mérite n'eſt pas égal, on peut cauſer du préjudice à l'Etat.

(a) Voyez *Iſocrat.* Areopagit. pag. 144. B. *Edit. H. Steph.* & *Philoſtrat.* in *Vita Apoll. Tyan.* Lib. III. Cap. IX. pag. 137. B. *Edit. Morell. Pariſ.* (C. XXX. *Edit. Lipſ. Olear.*)

Dans toutes ces occaſions, ſi l'on tire au Sort du libre conſentement des intéreſſez, il y a une Convention, ou une eſpece de Compromis, par lequel ils s'engagent à en paſſer, ſans plainte & ſans murmure, par la déciſion du Sort. Mais lorſqu'un Supérieur l'ordonne en matiere de choſes qu'il pouvoit abſolument décider de ſa pure autorite, c'eſt lui-même qui ſe détermine à prendre le Sort pour régle, afin qu'on ne croye pas qu'il donne quelque choſe à ſes paſſions ou à ſes inclinations particulieres.

Au reſte, le but que l'on ſe propoſe en faiſant tirer au Sort, n'eſt pas, ou du moins ne doit pas être, de connoître la volonté de Dieu d'une façon (3) extraordinaire; à moins qu'il n'ait lui-même expreſſément ordonné d'avoir recours à cette voye: mais ſeulement de prévenir ou de terminer (b) les diſputes & les querelles; d'éviter la haine ou le reſſentiment de celui qui ſe voit fruſtré de ſes eſpérances; & de faire enſorte qu'il n'ait pas le moindre ſujet de ſe plaindre de l'injuſtice de la ſentence, & de la partialité ou de la tyrannie du Supérieur. Mais quand il s'agit d'un procès dont la déciſion doit être ſuivie de quelque peine infligée à celui qui perd ſa cauſe, il eſt ridicule de s'en rapporter à quoique ce ſoit où le Sort entre le moins du monde; car toute juſte punition ſuppoſe un Crime commis, & dont le Criminel ſoit convaincu par des preuves manifeſtes. Or le Sort n'eſt pas par lui-même un moyen de découvrir la vérité; & on ne ſauroit dire raiſonnablement, que ſur quelque perſonne qu'il tombe, il puiſſe faire enſorte qu'un homme n'ait pas commis ce qu'il a commis, ou qu'il ait commis au contraire ce qu'il n'a pas commis. Autre choſe eſt, lorſque pluſieurs ſont atteints & convaincus d'un même crime pour lequel on ne juge pas à propos de les punir tous; car rien n'empêche qu'on ne les faſſe tirer au Sort, pour choiſir de cette maniere ceux qui ſeront exempts de la peine qu'ils ont tous méritée également.

(b) Voyez *Proverb.* XVIII, 18.

Dans les affaires des Particuliers, le Sort eſt auſſi fort en uſage, quand il s'agit, par exemple, du partage d'une (4) Succeſſion; ou lorſqu'il faut ajuger un bien, qui ne peut être poſſéde que par indivis, à une ſeule perſonne entre pluſieurs qui y ont le mê-

(2) —— Ἐπ᾽ ἰσαίῃ γὰρ ἔοικε
Πάλλεσθαι —— —— ——
Callimach. Hymn. in Jovem, v. 63, 64.

*C'eſt quand les choſes ſont égales qu'il faut tirer au ſort.* Voyez Justin, Liv. I. Cap. X. num. 2. & L. XVIII. C. III. num. 9, 10. Toutes citations de l'Auteur. Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. III. §. 5.

(3) Ceux qui croyent que Dieu eſt l'auteur des productions du Sort, alléguent ce paſſage des Proverbes, XVI. 33. (*On jette le Sort dans le ſein*, c'eſt-à-dire, dans le creux de quelque Vaſe) *& tout ſon jugement*, (ou *ſa déciſion*) *eſt de l'Eternel.* Mais ſelon le ſtile de la Langue Sainte, cela veut dire ſeulement que les Hommes ne ſont point maîtres des effets du Sort; comme le prouve très-bien Mr. Le Clerc dans ſes judicieuſes *Réflexions ſur ce que l'on appelle Bonheur & Malheur en matiere de Loteries*, &c. Chap. VIII. On fera bien de lire tout ce petit Ouvrage. Voyez auſſi Th. Gataker, *de la nature & de l'uſage du Sort*, Chap. VII. §. 3, *& ſuiv.* & Mr. La Placette dans ſon Traité *des Jeux de Hazard*, Chap. II. A quoi on peut joindre ce que j'ai établi fort au long, depuis la ſeconde Edition de cet Ouvrage dans mon *Diſcours ſur la nature du Sort*, publiée en 1714.

(4) Voyez Ps. XVI. 6. Mais les deux autres Paſſages que nôtre Auteur citoit, ſçavoir Nombres XXXIV, 13. Josué, XIV, 2. regardent une de ces occaſions rares & extraordinaires, où Dieu préſide ſur le Sort: car chaque Tribu eut ſes Terres préciſement dans les lieux où *Jacob* (Genes. XLIX.) & *Moïſe* (Deut. XXXIII.) avoient prédit qu'elles ſeroient.

me droit, ou charger d'une choſe onéreuſe, (5) mais indiviſible, quelqu'un qui n'eſt pas plus obligé de s'y aſſujettir que les autres.

*Des Conventions concernant la Guerre, dans leſquelles il entre du hazard.*

§. III. La *Guerre* a auſſi ſes Conventions, où il entre du hazard: ce qui ſe voit non ſeulement lorſque l'on remet la fin de la Guerre au ſuccès d'une Bataille, (1) ou d'un (a) combat de deux ou pluſieurs Champions choiſis de part & d'autre; mais encore lorſqu'il s'agit d'envoyer un Capitaine (b) dans un poſte dangereux, que pluſieurs autres ſont capables de défendre auſſi-bien que lui, ſans qu'aucun ait de raiſon particuliére pour s'en excuſer. On peut dire même, que dans toute Guerre publique & réglée (du moins dans celles où les deux Partis ſe ſont engagez, après avoir rejetté l'un & l'autre les propoſitions d'accommodement), il y a une Convention tacite, en vertu de laquelle on conſent que celui pour qui la Fortune ſe déclarera, impoſe au Vaincu telles conditions qu'il jugera à propos. Et c'eſt proprement la raiſon (2) pourquoi on ne ſçauroit raiſonnablement oppoſer aux Traitez de Paix l'exception que fournit une Promeſſe faite par crainte. En effet, quiconque pouvant s'accommoder à l'amiable avec ſon Ennemi, a mieux aimé en venir à la Guerre, eſt cenſé remettre au hazard des armes la déciſion de leur différend; deſorte qu'après cela il n'a plus ſujet de ſe plaindre, quelque malheureux que ſoit ſon ſort. De là vient encore, que dans les Traitez de Paix, par leſquels on met fin à une Guerre publique & réglée, on ſuppoſe la Guerre également juſte des deux côtez, & l'on ſe tient quittes réciproquement du mal qu'on s'eſt fait, & du dommage qu'on s'eſt cauſé les uns aux autres, comme y ayant été autoriſez par une Convention tacite: Tel eſt l'uſage des Peuples. Il y a une ſemblable Convention entre ceux qui ſe battent en Duel, pour terminer quelque différend; & c'eſt pour cela que celui qui a tué ſon homme n'eſt point obligé, entr'autres choſes, à dédommager la Femme & les Enfans du Défunt, de la perte qu'ils font par-là; (3) car l'un & l'autre étoit allé de ſon pur mouvement à un rendez-vous où il s'agiſſoit de tuer ou d'être tué. Cela n'empêche pas que les Particuliers, qui ſans permiſſion du Souverain, s'engagent à un Duel, ne ſoient juſtement condamnez à de très-rigoureuſes peines, comme coupables d'un crime directement contraire à l'établiſſement des Tribunaux Politiques. Et ſi autrefois on a permis ces ſortes de combats, ou pour donner lieu à (c) une perſonne de ſe juſtifier d'un crime dont on l'accuſoit, ou pour l'eclairciſſement d'un droit (4) litigieux & conteſté; on a fait en cela une choſe également oppoſée à la Raiſon & à l'ordre des Societez Civiles.

(a) Voyez *Grotius*, Liv II. Ch. XXIII. §. 10. & Liv. III. Chap. XX. §. 42.

(b) Voyez *Homer.* Iliad. VII, 171.

(c) Voyez dans le Droit Canon le Titre *de purgatione vulgari*, Decretal. *Lib.* V. Tit. XXXV. Et en pluſieurs endroits, le *Codex Leg. antiquarum Lindenbrogii*, avec ſon *Gloſſaire* aux mots *Campio* & *Duellum*.

*Des Gageures.*

§. IV. Un autre Contract où il entre du hazard, ce ſont les Gageures (1) par

(5) Voyez ce que l'on dira ci-deſſous, au ſujet des *Orages*, Liv. VIII. Chap. II. §. 6.

§. III. (1) Voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. VIII. §. 5.

(2) Voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. VIII. §. 1.

(3) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. I. §. 7. La déciſion de nôtre Auteur ne paroit pas ici juſte, & il faut diſtinguer, comme je vois que fait un Profeſſeur de Tubingue, Mr. Rosler, dans une Diſſertation *De Reſtitutione Damni in Vita & Corpore dati* (§. 6.) qui eſt accompagnée de la *Reſtitution*. Celui qui s'eſt battu en Duel ne peut point exiger de l'autre Champion les frais des Chirurgiens, ni un dédommagement de ce qu'il perd pour n'être point en état de travailler pendant qu'on le traite, ni autres choſes ſemblables dont il avoit la pleine diſpoſition. Mais il n'étoit pas maître de ſa propre vie, & il ne pouvoit pas non-plus ſe dégager lui-même de l'obligation où il étoit de nourrir ſa Femme & ſes Enfans: ainſi ſa prétenduë renonciation eſt nulle, & ces perſonnes qu'il devoit nourrir & entretenir, conſervent le droit de ſe faire dédommager par celui qui eſt cauſe de ſa mort.

(4) C'eſt ainſi qu'autrefois, au rapport de Sigebert *de Gemblours*, dans ſa Chronique ſur l'an 942. on fit décider en *Allemagne* par un Duel, cette queſtion de Droit. Si une Succeſſion doit paſſer à un Fils cadet du Défunt, ou aux Enfans du Fils aîné mort? L'Auteur citoit cet exemple. Voyez les Auteurs que j'ai indiquez ſur Grotius, Liv. II. Chap. XX. §. 7. *Note* 14. & joignez-y la *Diſſertation hiſtorique ſur les Duels & les Ordres de Chevalerie*, par feu Mr. Basnage, publiée en 1720.

§. IV. (1) Elles ſont permiſes par le Droit Civil, pourvû qu'elles ne roulent pas ſur des choſes deshonnêtes ou illicites, comme ſi l'on avoit parié pour des Joueurs qui jouoient à un Jeu défendu: *In quibus re-*

leſquelles deux perſonnes, dont l'une affirme & l'autre nie un événement, ou à venir, ou déja paſſé, mais encore inconnu, du moins par rapport à elles; ou bien l'exiſtence de quelque autre choſe; dépoſent ou promettent de part & d'autre une certaine ſomme, que doit gagner celui dont l'aſſertion ſe trouvera conforme à la verité. Il y a là une Promeſſe ou une Stipulation réciproque & conditionelle, où il entre du hazard; parcequ'il ne dépend pas des Parieurs de faire enſorte que l'événement ou la choſe ſur quoi ils ont parié, exiſte ou n'exiſte pas (2).

Des *Jeux*.

§. V. Il faut rapporter encore ici toute ſorte de Jeux, (1) où l'on joue quelque choſe; car ils renferment tous une Convention où il entre plus ou moins de hazard, ſelon la diverſité des Jeux. Ceux où il y en a le moins, ce ſont ceux qui demandent uniquement de l'eſprit, de l'adreſſe, ou de la force; puiſque tout le hazard y conſiſte en ce qu'on ne connoît pas encore bien l'habileté ou les forces de celui qui joue; ou qu'il y ſurvient quelquefois des (a) cas imprévus; ou enfin, que l'Eſprit & le Corps ne ſe trouvent pas toûjours également bien diſpoſez, & ne font pas toûjours leurs fonctions avec la même vigueur. Mais la plûpart des Jeux ſont mêlez de hazard & d'adreſſe, comme celui des *Cartes*, & autres ſemblables. Il y en a auſſi de pur hazard, comme le Jeu des *Dez*. Les uns & les autres (2) ne renferment rien d'injuſte, à en

(a) Voyez *Virgil. Æneïd.* V, 328.

*bus, ex Lege* Litia [ *&* Publica ] *&* Cornelia, *etiam Sponſionem facere licet. Sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.* Digest. Lib. XI. Tit. V. *De Aleatorib.* Leg. III. Et celui qui a gagné de bon jeu, peut ſe faire payer en Juſtice, ou ſe faire rendre la choſe dépoſée pour ce ſujet. *Si quis ſponſionis cauſa anulos acceperit, nec reddit victori, præſcriptis verbis actio in eum competit . . . . Planè ſi inhoneſta cauſa ſponſionis fuit, ſui anuli dumtaxat repetitio erit.* Digest. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcriptis verbis*, Leg. XVII. §. 5. Au reſte comme le remarque Mr. Titius. *in Lauterbach.* Obſerv. CCXCIV. lorſque l'on parie au ſujet d'un événement déja paſſé, la Gageure n'en eſt pas moins bonne, quand même l'un des Contractans ſçauroit certainement la verité. En effet, quiconque ſe détermine volontairement à parier contre quelqu'un ſans ſçavoir s'il eſt aſſuré, ou non, de ce qu'il ſoûtient, eſt cenſé vouloir bien courir riſque de gager contre une perſonne qui joue à jeu ſûr; & par conſequent, lorſque cela arrive il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. A plus forte raiſon cela a-t-il lieu, lorſque l'un des Gageurs déclare qu'il eſt parfaitement informé de ce dont il s'agit, & avertit l'autre de ne point s'engager dans un pari téméraire. Autre choſe eſt, ſi avant que de parier ſur un fait ou un événement inconnu, on demande expreſſément à l'autre ce qu'il en ſçait; car en ce cas-là, s'il fait ſemblant d'ignorer ce dont il eſt bien inſtruit, pour nous obliger à parier, il y a de la mauvaiſe foi de ſa part; & par conſequent la Gageure eſt nulle. Voyez ce que j'ai dit dans mon *Traité du Jeu*, Liv. II. Chap. II. §. 16. où je traite la queſtion plus exactement.

(2) C'eſt (ajoûtoit ici notre Auteur) un Jeu plûtôt qu'une gageure, que l'Enigme propoſé autrefois par *Samſon*, Juges XIV, 12. *& ſuiv.* puiſqu'il s'agiſſoit de voir, qui auroit plus d'eſprit, ou *Samſon* pour cacher le ſens de l'Enigme, ou les autres pour le découvrir. Mais ceux-ci agirent de mauvaiſe foi en obligeant la Femme de *Samſon* à tirer de la bouche de ſon Mari l'explication de l'Enigme, & à la leur apprendre, au lieu de la deviner par eux-mêmes. D'autre côté, l'énigme n'étoit peut être pas dans les régles, puiſqu'elle ne rouloit pas ſur une choſe ordinaire, ou un événement commun; mais ſur un fait particulier, c'eſt-à-dire, ſur un de ces cas qu'il eſt ordinairement preſque impoſſible de deviner. Voyez Mr. Le Clerc ſur cet endroit.

§. V. (1) J'ai tâché de traiter à fond la matiere, dans mon *Traité du Jeu*, imprimé depuis la premiere Edition de cet Ouvrage, en 1709.

(2) Voyez le Traité *des Jeux de hazard*, Chap. VI. par Mr. La Placette, qui ne ſauroit être ſoupçonné d'avoir du panchant pour les opinions relâchées. Longtems auparavant, un ſçavant Théologien Anglois avoit très-bien refuté ceux de ſon Ordre, qui condamnent abſolument les Jeux de Hazard, comme mauvais & contraires par eux-mêmes au Chriſtianiſme. C'eſt Thomas Gataker, que j'ai déja cité, dans ſon *Traité Hiſtorique & Théologique, de la nature & de l'uſage du Sort*, Chap. VI. VII. VIII. Il établit auſſi, dans le Chap. IX. les conditions ſous leſquelles il croit que le Jeu eſt permis. Ce Livre n'eſt tombé entre mes mains que depuis l'impreſſion de mon *Traité du Jeu*. Si je l'avois vû auparavant, je n'aurois pas manqué de me prévaloir d'une autorité ſi conſidérable. Mais j'ai eu encore depuis occaſion de défendre mes principes, dans deux Piéces, où je réponds à Mr. du Tremblai, qui m'avoit attaqué là-deſſus. Elles ſont inſerées dans le Journal des Sçavans: la premiere, au mois d'*Août* 1712. *Edit. de Paris* (*Octobre* Edit. d'*Amſterd.*) l'autre au mois de *Décembre* 1713. (*Fevrier & Mars* 1714.) Je ne crois pas néceſſaire d'en dire davantage, quoique le célebre Mr. Buddeus, en qualité de Théologien, ait témoigné ne pas approuver mes raiſons, & prétendu les refuter en peu de mots, dans ſa *Théologie Morale*, page 540, 541. Comme il ne fait que repeter ce qu'on dit communément, & qui a été ſuffiſamment refuté dans mon Livre, je puis en laiſſer le jugement à toutes les perſonnes qui ont aſſez de liberté d'eſprit pour ne rien outrer. Une nouvelle Edition de cette Ouvrage pourra d'ailleurs mettre dans un plus grand jour certaines choſes, quoique pour le fond je croye en avoir aſſez dit.

juger par le ſeul Droit Naturel ; car outre qu'on fait la partie avec un plein & mutuel conſentement, chaque Joueur expoſe ſon argent à un égal danger ; chacun auſſi, comme nous le ſuppoſons, joue de ſon bien, dont il peut par conſéquent diſpoſer. Cependant, comme on court riſque de ſe ruiner en gageant ou en jouant de (3) groſſes ſommes, & que d'ailleurs ces ſortes d'amuſemens font pour l'ordinaire (4) perdre le tems, la choſe du monde la plus précieuſe ; ſans parler de pluſieurs autres inconvéniens (5) qui en peuvent naître : le Souverain, qui a intérêt que les Citoyens ne faſſent pas un mauvais uſage de leur bien, eſt en droit de mettre telles bornes (b) que bon lui ſemble, à la permiſſion de jouer, ou de parier. En général on peut dire, que les Jeux où il y a le moins de hazard, ſont ceux qui paſſent, & avec raiſon, pour les plus innocens & les moins indignes de la tolérance du Magiſtrat. Mais, dans quelque Jeu que ce ſoit, il faut inviolablement obſerver la maxime d'un ancien Philoſophe : (6) *Quand on court dans la Lice*, diſoit-il, *on doit faire de ſon mieux pour remporter le prix : mais il n'eſt pas permis de tendre la jambe à ſon Concurrent, ni de le repouſſer de la main.* C'eſt-à-dire, que toute fraude doit être bannie de ce divertiſſement.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XI. Tit. V. *De aleatoribus*, ibique Intt. *Photius*, *in Nomocanone*, Tit. XIII. Cap. XXIX. *Selden. de Jur. Nat. & Gent. ſecundùm Hebr.* Lib. VI. Cap. XI. & l'*Alcoran*, Cap. *de menſa.*

De la *Rafle.*

§. VI. Un autre Contract dont l'uſage eſt aſſez fréquent, c'eſt la (1) Rafle, qui ſe fait lorſque pluſieurs perſonnes achetent en commun une choſe, pour tirer enſuite au Sort à qui l'aura toute entiere. Ce Contract eſt compoſé de deux autres ; car à l'égard du maître de la choſe raflée, c'eſt une eſpece de vente qu'il fait à ceux qui tirent au Sort ; mais par rapport à ceux-ci, c'eſt une Convention d'adjuger la choſe achetée en commun à celui pour qui le Sort ſe déclarera, enſorte que tous les autres perdent ce qu'ils ont donné. La Loi d'un tel Contract eſt, que la ſomme totale compoſée de ce que chacun donne, n'excede point la valeur de la choſe tirée au Sort, & que tous ceux qui tirent courent également riſque de perdre ou de gagner.

De la *Blanque* ou *Loterie.*

§. VII. La (1) Blanque ou la Loterie, (a) c'eſt lorſqu'après avoir mis dans un vaſe un certain nombre de Billets, dont les uns ſont blancs & les autres noirs,

(a) Voyez *Martin Delrio*, Diſquiſ. Magic. Lib. IV. Cap. IV. Quæſt. 2.

(3) ——— *alea quando*
*Hos animos ? neque enim loculis comitantibus itur*
*Ad caſum tabulæ, poſitâ ſed luditur arcâ.*
Juvenal *Satyr.* I. 88. *& ſeqq.*

C'eſt-à-dire, ſelon la Verſion du P. Tarteron : „ L'entêtement des Jeux de hazard a-t-il jamais été „ plus grand ? Car ne vous figurez pas qu'on ſe con- „ tente de riſquer, dans ces Academies de Jeu, ce „ qu'on a d'argent ſur ſoi ; on y fait porter les Caſſettes „ pleines de piſtoles, pour les jouer en un coup de „ Dé. Voyez les Vers ſuivans.

(4) *Quique alii luſus (neque enim nunc perſequar omnes)*
*Perdere rem caramq; tempora noſtra, ſolent.*
Ovid. *Triſt.* Lib. II. Verſ. 483, 484.

(5) Rien n'eſt plus délicat & en même tems plus véritable, que les Vers ſuivans de Mad. Deshoulieres ; leſquels, quoique connus de tout le monde, n'ennuyeront pas ceux qui les liront ici :

*Les Plaiſirs ſont amers d'abord qu'on en abuſe.*
*Il eſt bon de jouer un peu ;*
*Mais il faut ſeulement que le jeu nous amuſe.*
*Un joueur, d'un commun aveu,*
*N'a rien d'humain que l'apparence ;*
*Et, d'ailleurs, il n'eſt pas ſi facile qu'on penſe*
*D'être fort honnête homme, & de jouer gros jeu.*
*Le deſir de gagner, qui nuit & jour occupe,*
*Eſt un dangereux éguillon.*
*Souvent, quoique l'Eſprit, quoique le Cœur ſoit bon,*
*On commence par être duppe,*
*On finit par être fripon.*

Voyez auſſi le ſixieme des Amuſemens ſérieux & comiques, page 91. *& ſuiv.* Edit. d'Amſt.

(6) *Scitè* Chrysippus, *ut multa : Qui ſtadium, inquit, currit, eniti & contendere debet, quàm maxime poſſit, ut vincat : ſupplantare eum, qui cum certet, aut manu depellere, nullo modo debet.* Ciceron. *de Offic.* Lib. III. Cap. X.

§. VI. (1) L'Auteur dit *Lotaria*, & j'avois auſſi exprimé cela par le mot de *Loterie*, dans la premiere Edition de cet Ouvrage. Mais le terme que j'ai ſubſtitué me paroît mieux exprimer l'idée de notre Auteur, & je vois maintenant que c'eſt ainſi que le traduit Martin Delrio, que notre Auteur cite dans le paragraphe ſuivant.

§. VII. (1) J'ai joint ces deux mots, auſquels ſe rapporte tout ce que l'Auteur entend ici par *Olla fortunæ.* Quelque différence qu'il y ait dans les termes & les uſages de chaque Pays, chacun comprend aſſez la choſe même. Cette eſpece de Jeu fut apporté d'*Italie* en *France*, ſous le nom de *Blanque*, qui vient de l'Italien *di Bianca*, où l'on ſouſentend *charta*, à cauſe des Billets Blancs qui y ſont en plus grand nombre que les noirs. On l'appelle depuis *Loterie.* Voyez Laurent Bouchel, *Bibliotheque du Droit François*, Tome I. page 481. *Edit. de Paris* 1615. Menage, *Diction. Etymologique* : & le *Traité de la Police*, par

on vend à qui veut l'acheter la permiſſion d'en tirer quelques-uns; enſorte que s'il s'y en trouve de noirs, on doit donner à celui à qui ils ſont tombez en partage ce qui ſe trouve écrit ou marqué deſſus. Ce Contract approche fort de l'*Achat d'une eſpérance incertaine*, & il y entre beaucoup de hazard. Pour le rendre légitime, il faut que ce que le Maître de la Blanque ou de la Loterie retire de tous les Billets enſemble, n'aille pas beaucoup au-delà de la valeur des choſes qu'on peut gagner. Je dis, *n'aille pas beaucoup au-delà;* car outre qu'il eſt obligé à quelque dépenſe, il peut arriver qu'on tire d'abord ce qu'il y a de plus beau & de meilleur, après quoi perſonne ne voudra plus acheter de billets.

On fait quelquefois des Loteries pour ramaſſer dequoi employer à quelque Bâtiment ou quelque autre Ouvrage public, ou même dequoi aſſiſter les Pauvres; & alors l'argent qui provient de tous les Billets joints enſemble, excede ordinairement de beaucoup la valeur des choſes que l'on fait tirer; ce ſurplus tenant lieu d'une eſpece d'impôt volontaire, ou d'une aumône que l'on donne gayement.

Mais remarquons ici à l'égard de toute ſorte de jeux en general, que pour avoir lieu de les regarder comme équitables, il ne ſuffit pas que ce que l'on riſque de perdre de part & d'autre ſoit égal; il faut encore que le danger de perdre, & l'eſpérance de gagner, ayent de part & d'autre une juſte proportion avec la choſe que l'on joue. Par exemple, ſi dans un Jeu d'adreſſe un des Joueurs ſe trouve une fois plus habile que l'autre, il doit mettre double contre ſimple. Il y a des Jeux où dix perſonnes mettant, par exemple, chacun un écu, il n'y en a qu'une qui gagne le tout; ainſi chacune ne court riſque que de perdre un écu, & en peut gagner neuf. Si l'on ne regardoit que le gain & la perte en ſoi, il ſembleroit que tous y ont de l'avantage; mais il faut de-plus conſidérer que ſi chacun peut gagner neuf écus, & n'eſt au hazard que d'en perdre un, il eſt auſſi neuf fois plus probable à l'égard de chacun qu'il perdra ſon écu, & ne gagnera pas les neuf. Sur ce même fondement quelques-uns (2) ſoûtiennent que l'appréhenſion du Tonnerre n'eſt pas raiſonnable; car, diſent-ils, de deux millions de perſonnes c'eſt beaucoup s'il y a une qui meure de cette maniere. Or la crainte d'un mal doit être proportionnée non ſeulement à la grandeur du mal, mais auſſi à la probabilité de l'événement.

Du *Contract d'Aſſurance.*

§. VIII. IL y a beaucoup de rapport entre tous ces Contracts dont nous venons de parler, & celui d'ASSURANCE, (a) par lequel, moyennant une certaine ſomme, on aſſure des Marchandiſes qui doivent être tranſportéees ſurtout par mer; enſorte que ſi elles viennent à périr, on eſt obligé de les payer à celui à qui elles appartiennent. Ce Contract eſt nul lorſque l'Aſſureur ſçavoit que les Marchandiſes étoient arrivées à bon port, ou que le Maître des Marchandiſes avoit reçu avis de leur perte. En effet, la Convention roule ſur un danger incertain: Si donc l'aſſureur eſt informé de l'heureuſe arrivée des Marchandiſes, il ne garantit de rien. D'autre côté, ſi le Maître des Marchandiſes ſçait qu'elles ſont perdues, il ne peut pas faire aſſurer une choſe qui n'exiſte plus pour lui. Pour ce qui regarde la ſomme que l'on donne à l'Aſſureur, elle ſe régle ou ſur l'eſtimation ordinaire, ou ſur les Conventions des Parties. Ce qu'il y a de

(a) Voyez *Loccenius*, De Jure Maritimo, *Lib. II. Cap. V.*

*Mr.* DE LA MARE, Tome I. *page* 427. *Edit. d'Amſt.* 1729. Au reſte, j'ai dit quelque choſe dans mon *Traité du Jeu*, Liv. II. Chap. II. §. 11. contre l'Auteur de l'ART DE PENSER qui condamne en general les Loteries, comme *accompagnées d'une injuſtice évidente.*

(2) Je ne ſçai pas d'où vient que notre Auteur ne cite point l'*Art de penſer*, d'où il a viſiblement pris tout ceci, que l'on trouvera plus étendu dans le Livre même, IV. Part. Chap. XVI. & dernier.

§. VIII.

de certain, c'eſt qu'il peut exiger plus plus ou moins ſelon que les périls ſont plus ou moins grands; par exemple, en Hiver plus qu'en Eté, à cauſe des fréquentes tempêtes; & en tems de guerre, ou lorſque les Mers ſont infeſtées par les Corſaires, plus qu'en tems de Paix; ou lorſqu'on n'a à craindre que la fureur des vents. Au reſte le hazard qu'il y a dans ce Contract eſt principalement du côté de l'Aſſureur (1).

---

# CHAPITRE X.

## *Des* Conventions accessoires.

§. I. Jusques ici nous n'avons traité que des *Conventions principales* qui ſubſiſtent & ſe ſoutiennent, pour ainſi dire, par elles-mêmes. Il faut maintenant dire quelque choſe des Conventions accessoires, qui ne ſe font pas toutes ſeules & à cauſe d'elles-mêmes; mais qui ſont comme des dépendances de quelque autre, à laquelle on les ajoûte. On peut les diviſer commodément en deux claſſes; car il y en a qui modifient diverſement les Contracts ſimples auſquels elles ſont ajoûtées, en y attachant quelque choſe qu'ils ne renfermoient pas d'ailleurs, ou en les dépouillant de quelque choſe qui les accompagnoit naturellement; & c'eſt ce que les Juriſconſultes appellent des *Conventions ajoûtées.* Mais il y en a d'autres qui ne font que donner des *ſûretez* pour l'exécution d'un Contract déja déterminé & modifié.

Il y a de deux ſortes de *Conventions acceſſoires.*

§. II. A l'égard des *Conventions ajoûtées*, les Interprêtes du Droit (a) Romain diſtinguent, 1. Entre celles que l'on ajoûte au Contract principal, ou avant qu'il ſoit accompli, ou immédiatement après, enſorte qu'elles s'uniſſent avec lui en un ſeul Tout; & celles qui n'y ſont ajoûtées que quelque tems après. 2. Entre celles qui ſont ajoûtées à un *Contract de bonne foi*, (1) & celles qui ſont ajoûtées à un *Contract de droit rigoureux.* 3. Entre celles qui roulent ſur les qualitez eſſentielles d'un Contract; celles qui regardent ſes qualitez naturelles; & celles qui ſe rapportent à ſes qualitez accidentelles. Les *qualitez eſſentielles*, ce ſont celles ſans quoi tel ou tel Contract ne ſauroit (2) abſolument être conçu. Les *qualitez naturelles*, ce ſont celles qui accompagnent ordinairement les Contracts, (3) lors même qu'elles n'y ſont pas formellement exprimées, quoiqu'on puiſſe en convenir autrement ſans détruire pour cela l'eſſence du

Différentes ſortes de *Conventions ajoûtées.*

(a) Sur *Digeſt.* Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. VII. §. 5. Voyez ſur tout ceci *Arn. Vinnius*, de Pactis, *Cap. 9. & ſeqq.*

§. VIII. (1) Notre Auteur citoit ici un exemple d'un Contract d'Aſſurance, mais purement gratuit, qui ſe trouve dans Tite Live, Lib. XXIII. Cap. 49. & qui donna lieu à bien des friponneries, comme il paroit par ce que rapporte le même Auteur, *Lib.* XXV. Cap. 3. Voyez Grotius, Liv. II. Chap. XII. §. 23. avec les Notes. Conſultez auſſi ce que dit Mr. La Placette au ſujet du *Contract d'Aſſurance*, dans ſon Traité *de la Reſtitution*, Liv. IV. Chap. XV. & Ziegler, *De Juribus Majeſtatis*, Lib. I. Cap. XLI. §. 26. & Cap. XLIV. §. 16.

Chap. X. §. II. (1) Voyez ci-deſſus, Chap. II. §. 2, 8.

(2) Tel eſt le conſentement des Parties: car ſans ce conſentement il n'y a point de Contract. La déſignation de la Marchandiſe, & la détermination du Prix, ſont en particulier eſſentielles au Contract de Vente.

(3) Ainſi c'eſt une qualité naturelle de tous les Contracts, que chacun des Contractans eſt reſponſable de ce en quoi il y a de ſa faute. On peut néanmoins convenir qu'on n'en répondra point du tout, ou qu'on en répondra plus ou moins qu'on n'auroit fait d'ailleurs en vertu de la nature même du Contract. Voyez ci-deſſous, §. 5. Notre Auteur avoit ici, comme ailleurs, devant les yeux, le *Syntagma Jur. Civ.* de Struvius, Exerc. VI. §. 23. *& ſeqq.* où l'on fonde cette dénomination de *qualitez naturelles* d'un Contract, ſur les Loix ſuivantes: *Quòd ſi nihil convenit, tunc ea præſtabuntur, quæ* NATURALITER *inſunt hujus judicii poteſtate.* Dig. Lib. XIX. Tit. I. *De Act. empti. & vend.* Leg. XI. §. 1. *Et poteſt Mandatum ex pacto etiam* NATURAM SUAM *excedere.* Lib. eod. Tit. XX. *De præſcript. verb.* Leg. V. §. 4. On les appelle auſſi des aides ou appuis du Contract, *adminicula*; & ils ſont oppoſez à la *ſubſtance* ou l'eſſence du Contract, dans la Loi LXXII. *De contrah. Emptione*, Lib. XVIII. Tit. I. qui eſt neanmoins appellée quelquefois la *nature* du Contract: *Et ſi poſt emptionem ex intervallo aliquid extra* NATURAM *contractus conveniat*, &c. Lib. II. Tit. XIV. *De pactis*, Leg. VII. §. 5.

Contract. Mais les *qualitez accidentelles* ne ſuivent en aucune maniere de la nature du Contract, (4) & peuvent par conſéquent y être attachées ou non, ſelon qu'il plaît aux Contractans. 4. Enfin on diſtingue entre les Conventions ajoûtées pour rendre plus onéreuſe l'obligation du Contract principal, (5) & celles qui tendent au contraire à en diminuer les charges ou l'étenduë.

Les Conventions ajoûtées à un Contract ſont nulles, ſi elles renferment quelque choſe de deshonnête.

§. III. Sur tout ce qui vient d'être dit, on peut établir les maximes ſuivantes. 1. *Une Convention qui regarde les qualitez eſſentielles du Contract principal eſt nulle, ſi elle renferme quelque choſe de contraire aux Bonnes Mœurs ou aux Loix;* parceque comme nous l'avons fait voir ci-deſſus, (1) toute Convention deshonnête eſt invalide. Ainſi, ſuppoſé qu'une fille en ſe mariant ſtipulât qu'il lui ſera permis d'accorder ſes faveurs à d'autres qu'à ſon Epoux; ou un Maître d'Hôtel en ſe louant, qu'il pourra diſſiper frauduleuſement le bien de ſon Maître: l'accord ſeroit nul & de nul effet. Il ſeroit auſſi abſurde & auſſi inutile de déclarer expreſſément dans un Contract, qu'on eſt porté à traiter par une violence ou une crainte injuſte, ou qu'on ne veut point être reſponſable de la mauvaiſe foi (2) dont on pourra être convaincu.

Les Conventions ajoûtées rendent quelquefois irrégulier le Contract principal.

§. IV. 2. Lors *qu'une Convention ajoûtée modifie de telle maniere les qualitez eſſentielles du Contract principal, qu'elle lui fait entierement changer de nature, il faut voir alors quelle a été l'intention des Contractans;* car s'il paroît qu'ils ayent ſérieuſement prétendu ne traiter que ſur le pié de ce qu'emportent les termes expliquez à la lettre, la Convention eſt manifeſtement nulle, perſonne ne pouvant vouloir à la fois deux choſes incompatibles. Ainſi il ſeroit ridicule de faire ſérieuſement un Contract de Vente où l'on apposât en même tems cette clauſe, que l'Acheteur ne ſeroit jamais obligé de payer la Marchandiſe, ni le Vendeur de la délivrer; ou un Contract de Louage, ſous cette condition, que la Proprieté de la choſe louée ſeroit acquiſe au Preneur; ou un Contract de Societé, dans lequel on ſtipulât que les Aſſociez ne participeroient ni au gain, ni à la perte qui proviendroit de ce qu'ils mettent en commun. Mais ſi les Contractans ayant une intention bien ſérieuſe de traiter enſemble, (a) ſe ſont ſeulement mépris aux termes, par pure ignorance; ou ſi, pour certaines conſidérations ils ont voulu de propos déliberé s'exprimer improprement: pourvû que dans le fond même de l'affaire il n'y ait rien de contraire aux Loix, elle ſera valable, & l'improprieté des expreſſions ne rendra point l'acte nul (1).

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda emptione,* &c. Leg. LXXX. §. 3. Lib. XIX. Tit. V. *De præſcript. verbis,* &c. Leg. IV. & VI. Lib. XVII. Tit. II. *Pro ſocio,* Leg. V. §. 2. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti, vel contra,* Leg. I. §. 8. & *Inſtitut.* Lib. III. Tit. XV. *Quibus modis re contrahitur obligatio,* §. 2. *in fine.*

(4) Comme, quand un Acheteur ſtipule, qu'en cas d'éviction le Vendeur lui rendra le quadruple du prix de la Marchandiſe: ou quand on convient que celui-ci donnera caution, ou quelque gage, &c. Voyez ci-deſſous, §. 5.

(5) Voyez ci-deſſous les paragraphes 6, 7. Cette matiere eſt aſſez embrouillée chez les Interprêtes, à cauſe des ſubtilitez dont les anciens Juriſconſultes avoient embarraſſez la Juriſprudence, & de l'obſcurité répanduë dans les fragmens qui nous reſtent de leurs Ecrits. Mr. Noodt l'a éclaircie, autant qu'il eſt poſſible, dans ſon Traité *De Pactis & Tranſact.* Cap. XI. & *ſeqq.* Et il a judicieuſement ſuivi cette régle, de faire toûjours attention aux idées que les anciens Juriſconſultes ont euës, & à ce que l'Uſage établiſſoit là-deſſus, plûtôt qu'aux maximes invariables de la Raiſon & de l'Equité Naturelle: *Sequi nos oportet,* dit-il, *non quo Æquitas & mera Ratio, ſed quo Veterum uſus & auctoritas ducit.* Cap. XIX.

§. III. (1) Voyez ce que j'ai dit ſur Liv. III. Chap. VII. §. 6. *Note* 2.

(2) Cela eſt décidé par les Juriſconſultes Romains. *Illud non probabis, dolum non eſſe præſtandum, ſi convenerit: nam hæc conventio contra bonam fidem, contraque bonos mores eſt; & ideo nec ſequenda eſt.* Digest. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti, vel contra,* Leg. I. §. 7. Voyez le Traité de Mr. Noodt, que je viens de citer, *Cap.* XIX.

§. IV. (1) C'eſt ce qu'il faut préſumer dans un doute, dit ici Mr. Hertius, qui cite là-deſſus cette maxime: *Contractus non tam nomine, quàm animo contrahentium æſtimantur;* comme ſi elle ſe trouvoit dans le Digeste, Lib. XIX. Tit. II. *Locati, conducti,* Leg. XV. §. 4. Mais dans cette Loi, & dans deux autres que le même Auteur indique enſuite, Digest. Lib. XVI. Tit. III. *Depoſiti,* &c. Leg. XXIV. XXVI. on trouve ſeulement des exemples qui peuvent ſe rapporter en quelque maniere à une telle régle. Voyez, ſur les dernieres, Mr. Noodt, *De Pactis,* Cap. XIX. où il les explique, ſelon les idées des anciens Juriſconſultes. Et à l'égard de la premiere, j'ai déja dit ce que j'en penſe, dans mes Notes ſur *Grotius,* Liv. II. Chap. XVI. §. 5. *Note* 3.

§. V. 3. Les *Conventions ajoûtées ſur le champ au Contract principal, ſont valides, ſoit qu'elles alterent l'eſſence même du Contract, ſoit qu'elles concernent ſes proprietez naturelles, ſoit qu'elles le revêtent de quelques qualitez accidentelles; pourvû qu'en tout cela il ne ſe trouve rien de contraire aux Loix.* En effet, on ſuppoſe que les Contractans ont plein-pouvoir de régler ces ſortes de choſes comme ils le jugent à propos; ainſi ils ne peuvent qu'être obligez à tout ce dont ils ſont (1) volontairement convenus. (2) La garantie, par exemple, eſt naturelle au Contract de Vente: on peut néanmoins (a) ſtipuler qu'on n'y ſera point tenu. L'engagement où l'on eſt de répondre de ſa propre négligence, peut auſſi être augmenté ou diminué au-delà de ce que demande ordinairement la nature de chaque Contract. La même choſe à lieu dans les *Contracts de ſimple* (3) *conſentement*, (4) pourvû que la Convention ſoit ajoûtée avant qu'il y ait rien d'exécuté; car c'eſt comme ſi l'on faiſoit un nouveau Contract.

*Les Conventions ajoûtées ſur le champ ſont valides, toutes choſes d'ailleurs égales.*

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XIX. Tit. I. *De act. empt. & vend.* Leg. XI. §. 18.

§. VI. 4. Les *Conventions ajoûtées à toute ſorte de Contracts quelque tems après leur concluſion, ſi elles ſont* (1) *Négatives*; c'eſt-à-dire, ſi elles diminuent quelque choſe de l'engagement, & qu'elles ſoient par conſéquent favorables au Débiteur; *demeurent valides, & lui fourniſſent dequoi oppoſer les fins de non-recevoir.* Par exemple, lorſqu'on a actuellement prêté de l'argent à un homme, on peut convenir quelque tems après, que le terme du payement ſera reculé, ou le lieu changé; que le Débiteur donnera d'autres eſpeces; qu'on ne lui demandera point d'interêt, &c.

*Les Conventions Négatives, ajoûtées quelque tems après la concluſion du Contract principal, fourniſſent dequoi oppoſer une exception.*

§. VII. 5. Comme par le Droit de Nature, une ſimple Convention peut donner action en Juſtice, *rien n'empêche auſſi qu'une Convention Affirmative*, c'eſt-à-dire, qui augmente l'Obligation où étoit le Débiteur par le Contract principal auquel elle eſt ajoûtée depuis, *ne ſoit très-valide*, & que le Demandeur ne puiſſe s'en prévaloir; quoique le Droit Romain en ait décidé autrement, ſur un principe contraire, qui n'a aucun fondement dans ceux de la Raiſon & de l'Equité Naturelle. Suppoſé, par exemple, qu'ayant acheté une choſe à condition que le Vendeur me la délivreroit en un certain tems, je convienne enſuite avec lui qu'il me la remettra plûtôt; pourquoi ne pourrois-je pas demander l'execution de cette Convention poſtérieure? Si j'ai loué ma Mai-

*En quel cas une Convention Affirmative, ajoûtée quelque tems après, eſt valable?*

§. V. (1) *Contractus enim legem ex conventione accipiunt.* Digest. *Depoſiti*, &c. Leg. I. §. 6. Voyez *Leg.* XXIV. XXVI. §. 1. Lib. II. Tit XIV. *De Pactis*, Leg. VII. §. 5. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrahenda empt.* &c. Leg. VII. §. 1. Leg. LXXIX. Lib. XIX. Tit. I. *De actionibus empti & venditi*, Leg. XI. §. 1. & Institut. Lib. III. Tit. XXVI. *De ſocietate*, §. 1, 2. Toutes citations de l'Auteur. Au reſte, je n'examine point les Loix que notre Auteur cite ſur toute cette matiere des *Conventions ajoûtees* à un *Contract Principal.* Il faudroit trop s'étendre, & il ne s'agit pas ici d'expliquer les principes ſubtils du Droit Romain. On trouvera, dans le Traité de Mr. Noodt, ſi ſouvent cité, dequoi ſe ſatisfaire là-deſſus.

(2) Voyez Digest. Lib. XIX. Tit. I. *De action. empti & venditi*, Leg. VI. §. 1. Cod. Lib. II. Tit. III. *De Pactis*, Leg. XI. XIII. & Lib. IV. Tit. LIV. *De Pactis inter emptorem & venditorem compoſitis*, Leg. II. On peut rapporter encore ici la Vente ſous *Clauſe Commiſſoire*; l'*Addictio in diem*; la *clauſe de Retrait*; & celle par laquelle on prend une marchandiſe à l'eſſai; c'eſt-à-dire, à condition que ſi on ne l'agrée pas, le Vendeur la reprendra. Voyez ci-deſſus, Chap. V. §. 2. & 4. Comme auſſi cette ſorte de Contract, par lequel on prête une ſomme *à fonds perdu*, c'eſt-à-dire, enſorte que celui qui la reçoit ſur ce pied-là doit en payer l'interêt ou à nous-mêmes pendant le reſte de nos jours, ou à une autre perſonne tant qu'elle vivra; mais après la mort de celui ſur la tête de qui elle eſt placée, le capital demeure au Débiteur: au lieu qu'ordinairement telle eſt la nature du Prêt, que la ſomme empruntée peut être repetée par celui qui l'a donnée, ou par ſes Héritiers. Tout ceci eſt de l'Auteur.

(3) Voyez ci-deſſus, Chap. II. §. 6.

(4) *Ut conſtet, in emptione ceterisque bonæ fidei judiciis, re nondum ſecutâ poſſe abiri ab emptione. Si igitur in totum poteſt, cur non & pars ejus pactione mutari poteſt? . . . ut quodammodo quaſi renovatus contractus videatur.* Digest. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. VII. §. 6. Voyez auſſi la Loi LVIII. & Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. LXXII. Tit. IV. *de reſcindenda venditione*, Leg. I. II. & Cod. Lib. IV. Tit. XLV. *Quando liceat ab emptione diſcedere*, Leg. I. Citations de l'Auteur.

§. VI. (1) Voyez ci-deſſus, Chap. II. §. 3. & Digest. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. VII. §. 5. Lib. XVIII. Tit. I. *De contrah. empt.* Leg. LXXII. L'Auteur citoit encore ces Loix, ſur leſquelles on peut voir le Traité de Mr. Noodt, *De Pactis*, &c. Cap. XI. XII.

ſon pour deux ans, & qu'après cela le Locataire conſente que le bail expire dans un an, il faut ſans contredit qu'il déménage au bout de l'année ; bien entendu qu'il ne ſera point tenu de payer le loyer de la ſuivante. Je ne vois pas non-plus en vertu dequoi une ſimple Convention, par laquelle on s'engage, ſans aucune ſtipulation dans les formes, à payer une certaine ſomme (1) qui étoit déja dûë ou par nous-mêmes, ou par quelque autre ; je ne vois pas, dis-je, pourquoi cette Convention ne pourroit pas avancer (2) le tems du payement, comme elle a la force de le prolonger. Et quand même on ne rabattroit pas ſur la dette ce que perd le Débiteur pour être obligé de payer plûtôt qu'il n'auroit fait, il ne ſauroit raiſonnablement s'en plaindre, s'il a conſenti avec une entiere liberté. Il eſt clair pourtant qu'on ne peut point aſtreindre le Débiteur malgré lui à quelque choſe de plus ; & qu'ainſi, en ce cas-là, autant qu'on augmente d'un côté le poids de l'engagement par une Convention poſtérieure, autant faut-il, ſelon le Droit Naturel, le diminuer d'un autre côté. Suppoſé, par exemple, que le Créancier veuille être payé dans une autre endroit que celui dont on étoit convenu, le Débiteur peut prétendre quelque dédommagement du préjudice que lui cauſe ce changement de lieu. On voit bien auſſi, qu'il eſt contre la nature des Contracts intéreſſez de part & d'autre, d'y ajoûter, ſoit ſur le champ ou quelque tems après, une Convention qui augmente à tel point l'engagement d'une des Parties, qu'il en réſulte de l'inégalité dans le Contract principal. Si, par exemple, un Vendeur & un Acheteur étant convenus d'abord du juſte prix de la Marchandiſe, l'Acheteur s'engage enſuite à la payer plus qu'elle ne vaut ; à moins qu'il ne ſe faſſe un mélange d'Achat & de Donation, je ne vois pas en vertu dequoi le Vendeur pourroit demander ce ſurplus, comme lui étant dû par le Contract même.

*Des Conventions fiduciaires.*

§. VIII. ON peut rapporter ici, à mon avis, la CONVENTION FIDUCIAIRE, par laquelle on (1) aliene une choſe dans les formes, à condition que l'Acquereur nous la rendra quelque jour. Je mets cette Convention au rang de celles qui ſont ajoûtées à un Contract principal, parcequ'elle ſuit (2) toûjours la délivrance actuelle de la choſe entre les mains de celui à qui on la transfere. Et on (3) l'appelle *Fiduciaire*, parcequ'au lieu que partout ailleurs celui à qui l'on transfere la Proprieté d'une choſe, en peut diſpoſer abſolument à ſa fantaiſie ; & par conſequent, ou la garder toûjours, ou

§. VII. (1) C'eſt ce qu'on appelloit en un mot *Conſtitutum*, ou *Pecunia conſtituta*. Voyez DIGEST. Lib. XIII. Tit. V. & là-deſſus le Commentaire de Mr. NOODT, *page* 312. *& ſeqq.*

(2) *Si is, qui & Jure Civili, & Prætorio debebat, in diem ſit obligatus, an conſtituendo teneatur? Et* LABEO *ait, teneri* (*conſtitutum*) . . . . *adjicit, vel propter has potiſſimum pecunias, quæ nondum peti poſſunt, conſtituta inducta : quam ſententiam non invitus probarem : habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, conſtituendo ſe eadem die ſoluturum, teneatur. Sed & ſi citeriore die conſtituat ſe ſoluturum, ſimiliter tenetur.* DIGEST. *ubi ſuprà*, Leg. III. §. 2. Leg. IV. Il fallut que l'autorité du Préteur donnât à cette Convention une force qu'elle n'auroit pas eu par elle-même ; car c'eſt une de ces *Conventions Légitimes* dont il a été parlé ci-deſſus, Chap. II. de ce Livre, §. 2. Et on avouë, qu'il ramenera ainſi les choſes aux principes de l'Equité Naturelle : *Hoc Edicto Prætor favet naturali æquitati. . . . quoniam grave eſt fidem fallere.* Leg. I. *princip.* ibid. Mais, quand on prolongeoit le terme du payement, cela fourniſſoit au Débiteur une exception valable dans toutes les ſimples Conventions, ſelon la régle generale que le Prêteur avoit déja établie.

§. VIII. (1) C'eſt la definition qu'en donne BOECE, dans ſon Commentaire ſur les *Topiques* de CICERON, Cap. X. *Fiduciam accipere dicitur is, cui res aliqua mancipatur, ita ut eam aliquando mancipanti remancipet.* Par exemple, dit-il, ſi dans une conjoncture où l'on craint d'être dépouillé de ſes biens, quelque Ami puiſſant nous achete une Terre, promettant de nous la revendre au même prix lorſque le péril ſera paſſé. *Veluti ſi quis tempus dubium timens, amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cùm tempus, quod ſuſpectum eſt, prætererit, reddat : hæc mancipatio, fiduciaria dicitur, idcirco quod reſtituendi fides interponitur.*

(2) Ou plûtôt parcequ'elle ſuppoſe l'aliénation faite pleinement par un Contract principal, dont elle eſt une clauſe acceſſoire : car pour l'ordinaire elle ſe fait d'avance, quoiqu'elle ne commence à avoir force que quand le Contract principal eſt fait & executé.

(3) Voyez J. MESNARD, ſur l'Oraiſon de CICERON, *pro Q. Roſcio Comœdo*, Cap. VI. page 49. dans le I. Tome de l'Edition de *Grævius* : & la Diſſertation de Mr. GUNDLING, *De jure oppignorati Territorii*, §. 63. *& ſeqq.*

s'en défaire quand il lui plaît, en faveur de qui bon lui ſemble ; ici au contraire, on ſe *fie* à un homme qui nous engage ſa *foi* & ſon honneur pour aſſurance de la parole qu'il nous donne, qu'il n'uſera de ſon droit de Proprieté que de la maniere dont il a été convenu entre nous, & qu'il nous le remettra de bonne grace, quand nous ſerons en état de le reprendre. De là vient que par la formule de cette Convention, l'Acquéreur promettoit (4) D'EN AGIR COMME ON FAIT ENTRE GENS DE BIEN, SANS FRAUDE ET SANS SUPERCHERIE ; & les Loix Romaines notoient d'infamie celui qui étoit convaincu en Juſtice d'avoir manqué à la fidelité entiere que demande un pareil engagement (5). Au reſte, la *clauſe fiduciaire* avoit lieu en diverſes ſortes d'affaires ; par exemple, dans l'*Emancipation* (6) *des Fils de famille ;* dans les (7) *Tuteles ;* dans le (8) *Prêt ſur gages ;* dans les (a) *Fidéicommis*, & dans pluſieurs autres cas ſemblables, dont les Interprêtes du Droit Romain traitent au long. On en trouve auſſi diverſes exemples (9) dans les Hiſtoriens anciens & modernes. Surquoi il faut remarquer en général, qu'il n'eſt jamais permis de faire une telle Conven-

(a) Voyez *Inſtitut.* L. II. Tit. XXIII. *De fideicommiſſariis hereditatibus*, ibique Intt.

(4) UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET, ET SINE FRAUDATIONE. CICER. *de Offic.* Lib. III. Cap. XVII. Voyez auſſi le Chap. XV. & *Epiſt. ad familiares*, Lib. VII. Ep. XII.

(5) *Si qua enim ſunt privata judicia ſummæ exiſtimationis, & pæne dicam capitis, tria hæc ſunt, fiduciæ, tutelæ, ſocietatis. Æquè enim perfidioſum & nefarium eſt fidem frangere, quæ continet vitam : & pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit : & ſocium fallere, qui ſe in negotio conjunxit.* CICER. Orat. *pro Q. Roſcio Commœdo*, Cap. VI. Voyez auſſi *pro Cæcina*, Cap. III. & *Topic.* c. 9. Citations de l'Auteur.

(6) Parmi les anciens *Romains*, un Pere qui vouloit émanciper ſon Fils, le vendoit juſqu'à trois fois, comme un Eſclave, ſans quoi le Fils ne pouvoit être délivré de la Puiſſance Paternelle : car pour les Filles, & les Petits-Fils ou Petites-Filles, une ſeule Vente ſuffiſoit. Si après la derniere Vente le Pere vouloit avoir droit de Patronat ſur ſon Fils, ils faiſoit promettre à l'Acheteur feint de le lui revendre ; autrement celui-ci auroit été le Patron : & c'eſt pour cela qu'on l'appelloit *Pater fiduciarius.* Voyez CAJUS, *Inſtit.* Lib. I. Lib. I. Tit. VI. avec les Notes des Commentateurs, dans l'Edition de Mr. SCHULTING, *Juriſpr. Ante-Juſtin.* page 55. & *ſeqq.* Mais dans la ſuite on abolit ces ventes feintes, & on établit que les Peres iroient ſeulement déclarer en Juſtice, qu'ils renonçoient à leur pouvoir paternel ſur l'enfant qu'ils vouloient émanciper. Voyez INSTITUT. Lib. I. Cap. XII. §. 6. & la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *De quaſi emancipatione Germanorum*, imprimée à *Hall.* en 1703. L'Emancipation au reſte produiſoit un effet particulier à l'égard de la ſucceſſion des Peres aux biens des Enfans ; ſur quoi voyez INSTITUT. Lib. III. Tit. II. *De legitima adgnatorum ſucceſſione*, §. 8. & COD. Lib. VIII. Tit. XLIX. *De emancipationibus liberorum*, Leg. VI. *ſeu ult.* auſquels endroits notre Auteur renvoye ici.

(7) C'eſt-à-dire, dans la Tutele qu'un Pere avoit comme Patron, ſur ſon Fils en bas âge, qu'il émancipoit de la maniere que je viens de dire dans la Note précédente. Voyez les INSTITUTES, Lib. I. Tit. XIX. *De Fiduciaria Tutela*, avec les Commentateurs ſur ce Titre. Nôtre Auteur renvoyoit à BACHOVIUS qui eſt un des meilleurs, & de qui VINNIUS, eſtimé avec raiſon, a pris bien des choſes ſans le nommer.

(8) L'Auteur citoit ici ISIDOR. Etymol. Lib. V. Cap. XXV. & CUJAS, *ad Pauli recept. ſentent.* Lib. II. Tit. XIII. Voyez encore SAUMAISE, dans ſon Traité *de Uſuris*, Cap. IV. & *de modo uſurarum*, Cap. XIV. & Mr. NOODT, Obſervat. Lib. II. Cap. VII. VIII. comme auſſi Mr. SCHULTING. *in Juriſpr. Ante-Juſtin.* page 283. & *ſeqq.* & la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *De uſu practico accuratæ diſtinctionis inter Emptionem cum pacto de retrovendendo, & Contractum Pignoratitium*, imprimée à *Hall* en 1707. *Cap.* I. §. 3. & *Cap.* II. §. 20, & *ſeqq.* Ici le Créancier devenoit Proprietaire de la choſe engagée : & comme tel il pouvoit la reclamer s'il venoit à en perdre la poſſeſſion. Mais il s'engageoit à rendre la proprieté au Débiteur, quand la Dette ſeroit payée ; faute dequoi celui-ci étoit déchu de toute eſperance de recouvrer ſon ancien droit.

(9) C'eſt ainſi que *Philippe*, Roi de *Macedoine*, ſe voyant preſſé par les *Romains*, mit la ville d'*Argos* entre les mains de *Nabis*, Tyran des *Lacédémoniens*, à condition que ſi lui *Philippe* avoit du deſſous, il la garderoit ; mais que s'il revenoit victorieux, *Nabis la* lui rendroit. *Optimum ratus* Nabidi *eam*, Lacedæmoniorum *Tyranno, velut* FIDUCIARIAM *dare, ut victori ſibi reſtitueret : ſi quid adverſi accidiſſet, ipſe haberet.* TIT. LIV. *Lib.* XXXII. Cap. XXXVIII. Voyez auſſi DIODOR. SICUL. Lib. IV. Cap. XXXIII. page 239. D. *Edit. Rhod.* & Q. CURCE, Lib. V. Cap. IX. num. 8. comme auſſi PAUL WARNEFRID. *de geſtis Langobard.* Lib. II. Cap. VII. Parmi les *Turcs*, au rapport de MONCONYS, dans ſes Voyages, Tome II. page 303. *Edit. Pariſ.* lorſqu'un homme a juré de répudier ſa Femme, il faut néceſſairement qu'il le faſſe, quand même il viendroit enſuite à ſe repentir de ſa reſolution. Mais voici l'expédient dont il peut ſe ſervir pour ravoir ſa Femme. Il traite avec un Ami, qui lui promet de l'épouſer, & de la répudier enſuite, après avoir conſommé avec elle le mariage : enſuite dequoi le premier Mari ſe remarie avec elle ; ce qui autrement ne lui ſeroit pas permis. Voyez auſſi OLEARIUS, *Itin. Perſic.* Lib. V. Cap. XXIII. Tout ceci eſt de l'Auteur, qui renvoyoit à ce que diſent GUILLAUME BUDE', *in Pandect.* page 44. *Edit. Vaſcoſan.* 1543 & GREGOIRE THOLOSAN, *Syntag. Jur. Univ.* Lib. XXIII. Cap. V. §. 2. au ſujet des *Recréances*, comme on parle en *France*, ou Poſſeſſions à tems, que le Juge accorde à une des Parties, pendant le Procès, à condition de rendre enſuite la choſe avec les fruits & revenus, &c.

tion en fraude de la Loi ; comme ſi un homme qui eſt franc d'impôts, achetoit pour un certain tems les biens d'un autre, afin de lui épargner ce qu'il ſeroit obligé de donner au Bureau des Tailles ou des Doüanes.

La *Caution* ne peut pas être obligée au-delà de ce à quoi le *Débiteur principal* eſt tenu.

§. IX. Pour venir maintenant à l'autre claſſe des *Conventions acceſſoires*, je veux dire, *celles qui donnent ſimplement des ſuretez pour l'execution d'un Contract*, ſuffiſamment formé & déterminé par lui-même ; il eſt très-ordinaire *de prendre ſur ſoi ſubſidiairement une obligation d'autrui, enſorte que ſi le Débiteur principal ne ſatisfait pas, on ſe met à ſa place, & l'on eſt tenu par conſéquent de payer.* Or il y a principalement trois ſortes d'affaires dans leſquelles on s'oblige pour autrui. 1. En matiere d'affaires civiles, c'eſt-à-dire, de choſes & d'actions ſuſceptibles d'eſtimation à prix d'argent ; ce qui a lieu ſurtout de Particulier à Particulier. Ceux qui s'engagent pour de telles affaires d'autrui, ſont nommez proprement Fidéjusseurs ou Cautions. 2. En matiere de Crimes ; auquel cas ceux qui répondent que l'Accuſé ſubira la peine portée par la ſentence, (1) ſont appellez en particulier des Pleiges. 3. En matiere d'affaires publiques, (2) lorſque l'on promet quelque choſe qui concerne l'Etat, ſans aucun ordre de ceux qui ont en main l'Autorité Souveraine ; ou lors (3) qu'on ſe rend Otage.

(a) Chap. II. §. dernier de ce Livre.

(b) Voyez *Homer.* Odyſſ. VIII, 351. *& ſeqq.*

Nous avons déja dit (a) ailleurs, quelque choſe ſur la nature du Cautionnement. Le but de cet engagement fait voir que la (b) Caution doit être une perſonne ſolvable, ſur la bonne foi de qui on ait lieu de compter, & que l'on (4) puiſſe aiſément appeller en Juſtice ; dequoi il appartient au Créancier de juger. J'ajoûterai encore, que la Caution ſe charge de payer, au défaut du Débiteur principal ; bien entendu qu'elle a toûjours ſon recours contre lui pour le rembourſement de ce qu'elle a donné ou dépenſé, & pour le dédommagement du préjudice qu'elle peut avoir reçu. Or le Cautionnement n'étant qu'un acceſſoire d'un autre Contract, (5) il eſt clair, que la

§. IX. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. IV. §. 18. & le paragraphe 12. de ce Chapitre.

(2) Voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. IX. §. 12, 13.

(3) Voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. VIII. §. 6.

(4) *Fidejuſſor in judicio ſiſtendi cauſa locuples videtur dari, non tantum ex facultatibus, ſed etiam ex conveniendi facilitate.* Digest. Lib. II. Tit. VIII. *Qui ſatiſdare cogantur*, &c. Leg. II. *princ.* Mais lorſqu'une fois on a accepté quelqu'un pour Caution, il faut s'en contenter ; à moins qu'il ne ſoit devenu pauvre par quelque accident ſurvenu depuis. *Qui ex cauſa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat : multoque magis ſi ſua voluntate accepit fidejuſſores, contentus his eſſe debet. Quod ſi medio tempore calamitas fidejuſſoribus inſignis, vel magna inopia accidit ; cauſâ cognitâ ex integro ſatisdandum erit.* Ibid. *Leg.* X. §. 1. Voyez auſſi la Loi III. du Titre *De Fidejuſſoribus*, &c. & les *Interpretat. Juris* de feu Mr. Averani, Lib. I. Cap. XXII.

(5) *Fidejuſſores ita obligari non poſſunt, ut plus debeant, quàm debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, acceſſio eſt principalis obligationis : nec plus in acceſſorio poteſt eſſe, quàm in principali re. At ex diverſo, ut minus debeant, obligari poſſunt. Itaque ſi reus decem aureos promiſerit ; fidejuſſor in quinque rectè obligatur : contra verò obligari non poteſt. item, ſi ille purè promiſerit, fidejuſſor ſub conditione promittere poteſt : contra verò non poteſt. Non ſolùm autem in quantitate, ſed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus eſt enim ſtatim aliquid dare : minus eſt, poſt tempus dare.* Instit. *Lib.* III. Tit. XXI. *De Fidejuſſoribus*, §. 5. *Qui* certo loco dari *promiſit, aliquatenus duriori conditioni obligatur, quàm ſi purè interrogatus fuiſſet : nullo enim loco alio, quàm in quem promiſit, ſolvere, invito ſtipulare poteſt. Quare ſi reum purè interrogavero, & fidejuſſorem cum adjectione loci accepero, non obligabitur fidejuſſor.* Digest. Lib. XLVI. Tit. I. *De Fidejuſſoribus & mandatoribus*, Leg. XVI. §. 1. On étendoit ſi loin cette maxime, que ſi la Caution avoit répondu d'une plus haute ſomme, ou de toute autre maniere qui emportât quelque choſe de plus que l'engagement du Débiteur principal, elle elle n'étoit tenuë à rien. *Illud commune eſt in univerſis, qui pro aliis obligantur : quod ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti, placuit eos omnino non obligari : in leviorem planè cauſam accipi poſſunt. Propter quod in minorem ſummam rectè fidejuſſor accipietur.* Ibid. *Leg.* VIII. §. 7. Voyez Vinnius, ſur les *Inſtitutes, ubi ſuprà*, §. 5. & ſurtout les *Interpretat. Jur.* de feu Mr. Averani, Lib. II. Cap. 3. & 4. où il a mis la choſe dans une pleine évidence, contre l'opinion de Cujas (qui néanmoins avoit varié là-deſſus) d'Edmond Merille, *Variant. ex Cujac.* Lib. 1. Cap. 51. & autres, qui ſoûtiennent aujourd'hui, que ſelon le Droit Romain l'engagement de la Caution eſt valide juſqu'à la concurrence de la Dette principale. On n'eſt tombé dans cette penſée, que parcequ'on a cru, comme il eſt vrai, que la déciſion oppoſée ne s'accorde pas aſſez avec l'Equité Naturelle. Mais elle eſt une ſuite des principes ſubtils de la Juriſprudence Romaine ; & on ne peut éluder par aucune interprétation raiſonnable, le ſens des Loix alléguées là-deſſus. Il n'eſt pas

Caution ne peut point être obligée au-delà de ce à quoi eſt tenu le Débiteur principal. Si donc celui-ci ne s'eſt engagé que ſous condition, la Caution ne devra rien avant que la condition ait ſon accompliſſement. On ne ſauroit non-plus exiger qu'elle paye en un autre lieu, ou en un autre tems, qu'il n'avoit été ſtipulé du Débiteur. Elle eſt auſſi en droit de ſe prévaloir des exceptions (6) ou fins de non-recevoir que le Débiteur auroit pû oppoſer, & qui ſuivent de la nature même du Contract principal.

Il y a beaucoup de rapport entre le Cautionnement, & la Commiſſion ou l'ordre que (7) l'on donne à quelqu'un de prêter à un tiers; car par cela même on s'engage tacitement à répondre de la Dette. Et ici il peut arriver, que celui à qui l'on avoit donné ordre de prêter mille Ecus, par exemple, n'en donne que cinq cens; l'Emprunteur n'en ayant pas voulu davantage. En ce cas-là on n'eſt reſponſable envers le Créancier que de la ſomme débourſée; car le ſens de la Commiſſion ſe réduiſoit à ceci: *Vous pouvez ſur ma parole lui prêter juſqu'à mille Ecus.*

Rien n'empêche pourtant (8) que la Caution ne s'engage à quelque choſe de moins que ce dont eſt tenu le Débiteur principal. Elle peut, par exemple, ne répondre que d'une partie de la Dette; s'obliger ſous condition ſeulement, quoique la Dette ſoit pure & ſimple; prendre un terme plus long, ou un lieu plus commode pour le payement, que celui qui avoit été accordé au Débiteur.

Elle peut néanmoins entrer dans une Obligation plus étroite.

§. X. MAIS il n'eſt pas contre la Raiſon, qu'une Caution entre quelquefois dans une Obligation plus forte & plus étroite que celle du Débiteur principal; car le Créancier n'auroit point conſenti à prêter ſans la Caution qui s'eſt volontairement préſentée pour lui donner une plus grande ſureté de l'execution du Contract principal, & l'on ſe trouve ſouvent contraint d'emprunter par une néceſſité preſſante: au lieu que l'on ne ſe porte à répondre pour autrui que par un principe de Libéralité, ou par une vaine oſtentation de Générosité, ou parceque l'on croit être toûjours aſſez riche. Ainſi ce n'eſt pas ſans raiſon qu'un Créancier ſe fâche quelquefois plus contre la Caution que contre le Débiteur principal; car la Caution eſt cauſe qu'il a prêté, & celui qui ſe charge ſans néceſſité d'un engagement d'autrui, dont il devoit ſçavoir que l'execution étoit au-deſſus de ſes forces, n'eſt pas entierement excuſable. Il y a mille beaux pré-

même queſtion de ſçavoir ſi les maximes des Juriſconſultes Romains ſont bien liées, à conſidérer la choſe par les lumieres de la Raiſon toute ſeule. Car il faut avouer qu'à cet égard il y a ici une grande diſparate. Ces mêmes Juriſconſultes, qui déclarent nul l'engagement d'une Caution, pour la moindre choſe qu'il y a de plus que dans l'engagement du Débiteur principal, veulent que la caution ſoit obligée civilement en pluſieurs cas où le Débiteur principal ne l'eſt point du tout. Si un Eſclave, par exemple, ou un Pupille, ont emprunté quelque choſe, on reçu un Dépôt ſans le conſentement du Maître ou du Tuteur, on n'a aucune action en Juſtice pour exiger un dédommagement de ce que l'on perd par leur négligence ou leur mauvaiſe foi: mais celui qui a répondu pour eux, eſt tenu comme tel, de payer. *Et commodati, & depoſiti fidejuſſor accipi poteſt: & tenetur, etiamſi apud ſervum, vel pupillum, depoſitum commodatumve fuerit; ſed ita demum ſi aut dolo malo, aut culpâ, hi fecerunt, pro quibus fidejuſſum eſt.* DIGEST. *ubi ſupr.* Leg. II. Mais on en eſt venu là, pour ſuivre d'autres régles qu'on avoit établie ſur les effets de l'*Obligation purement naturelle.*

(6) *Ex perſona rei, & quidem invito reo, exceptio & cetera rei commoda fidejuſſori, ceteriſque acceſſionibus competere poteſt.* DIGEST. *ubi ſuprà*, Leg. XXXII. *Si is qui fidejuſſorem dedit, ideo non ſteterit, quod Reipublicæ cauſâ abfuit; iniquum eſt fidejuſſorem ob alium neceſſitate ſiſtendi obligatum eſſe, cùm ipſi liberum eſſet non ſiſtere.* Lib. II. Tit. XI. *Si quis cautionibus*, &c. Leg. VI. L'Auteur citoit auſſi *Lib.* II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. XXXII. *Lib.* III. Tit. III. *De Procuratoribus & defenſoribus*, Leg. LI. *Lib.* XIV Tit. VI. *De Senatuſc. Macedon.* Leg. IX. §. 3. *Lib.* XVI. Tit. II. *De compenſationibus*, Leg. IV. V. INSTITUT. Lib. IV. Tit. XIV. *De replicationibus*, §. 4. Voyez ſur toute cette matiere des Cautions, les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. Part. Liv. III. Tit. IV.

(7) Voyez la Loi rapportée ci-deſſus, Chap. IV. §. 5. *Note* 3. Ici celui qui donne ordre de prêter, s'engage en ſon propre nom, & paye par conſéquent en ſon propre nom: *Propter mandatum enim ſuum ſolvit, & ſuo nomine.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati, vel contra*, Leg. XXVIII. De-là les Juriſconſultes Romains tirent des conſéquences conformes à d'autres principes ſubtils de leur Juriſprudence. Voyez Mr. SCHULTING ſur les *Recept. Sententiæ* de JULIUS PAULLUS, Lib. II. Tit. XVII. §. 16. page 297, 298.

(8) Voyez la *Note* 5. de ce paragraphe.

ceptes des Sages, qui (1) conſeillent de ne répondre pas légérement pour autrui, ſi l'on veut ne pas s'expoſer ſans néceſſité à de fâcheux embarras. Comme les Femmes ſe laiſſent aiſément gagner ſur ce chapitre, les Loix Romaines (2) y ont pourvû par le benefice du *Sénatuſconſulte Velléien.* C'eſt dans une ſemblable vûë qu'au lieu que ces mêmes Loix permettoient à un homme endetté (3) de ſe liberer entierement en abandonnant tous ſes biens à ſes Créanciers, quoique ſes dettes montaſſent plus haut que la valeur de ces biens; elles (4) n'accordoient pas le même benefice à la Caution: parceque la raiſon pourquoi les Créanciers demandent caution, c'eſt afin que ſi le Débiteur vient à perdre tout ſon bien, ils puiſſent avoir à qui s'en prendre. Il faut remarquer néanmoins ici en paſſant, que cette maniere de s'acquitter par une ceſſion generale de ſes biens, n'eſt pas fondée ſur le Droit Naturel: tout ce que les Loix de l'Humanité demandent, (5) c'eſt que ſi un Débiteur eſt devenu inſolvable par quelque malheur, & non pas par un effet de ſa négligence ou de ſes débauches, on ſe contente de prendre le bien qui lui reſte, ſans l'obliger à payer en ſa perſonne, pour ſuppléer à ce qu'il doit encore, & dont il n'y a pas moyen d'être rembourſé. Mais pour revenir à nôtre ſujet, l'engagement de la Caution devient plus étroit & plus fort que celui du Débiteur principal, lorſqu'elle promet avec ſerment (6) ou en ſe ſoûmettant

§. X. (1) On ſçait le mot célébre de *Chilon* l'un des ſept Sages de l'ancienne *Grece*: Ἐγγύα παρα δ᾽ ατα: *Si vous répondez pour quelqu'un, vous vous en repentirez bien-tôt.* Diogen. Laert. Lib. I. §. 73. Voyez Proverbes, VI, 1. & ſuiv. XI, 15. XVII, 18. XXII, 26, 27. XXVII, 13. *Eccleſiaſtique*, XXIX, 24, 27. Citations de l'Auteur.

(2) Ce Senatuſconſulte portoit, que les Femmes ne pouvoient s'obliger pour qui que ce fût. Velleiano *Senatuſconſulto pleniſſimè comprehenſum eſt*, Ne pro ullo fœminæ intercederent. *Nam ſicut moribus civilia officia adempta ſunt fœminis, & pleraque ipſo jure non valent: ita multò magis adimendum eis fuit id officium, in quo non ſola opera nudumque miniſterium earum verſaretur, ſed etiam periculum rei familiari.* Digest. Lib. XVI. Tit. I. Leg. I. §. 1, 2 On peut voir là-deſſus une Diſſertation de Mr. Thomasius, intitulée, *De uſu exiguo Senatuſconſulti Velleiani in foris Germaniæ*, imprimée *à Hall.* en 1707. & le Commentaire de Mr. Noodt, page 351, *& ſeqq.*

(3) Ils ne s'acquittoient entierement que pour l'heure: bien entendu d'ailleurs qu'il n'y eût pas de la mauvaiſe foi dans leur fait. Cette ceſſion leur épargnoit ſeulement la priſon, ou les en faiſoit ſortir; mais elle n'empêchoit pas que ſi dans la ſuite ils venoient à acquérir quelque choſe, on ne fût reçu à demander le payement des dettes qui étoient reſtées après la diſtribution des premiers biens. Il eſt vrai qu'en ce cas-là il n'étoit pas permis de dépouiller entierement le Débiteur une ſeconde fois; on le condamnoit ſeulement à donner ce qu'il pouvoit, & on lui laiſſoit dequoi ſubſiſter. *Qui bonis ceſſerint, niſi ſolidum creditor receperit, non ſunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodeſt, ne judicati detrahantur in carcerem.* Cod. *Lib.* VII. Tit. LXXI. *Qui bonis cedere poſſunt*, Leg. I. *Cum eo quoque, qui creditoribus bonis ſuis ceſſit, ſi poſtea aliquid adquiſierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere poteſt, creditores experiuntur: inhumanum enim erat, ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari:* Institut. *Lib.* IV. Tit. VI. *De actionibus*, §. 40. Voyez auſſi Digest. Lib. XLII. Tit. III. *De ceſſione bonorum*, Leg. IV. VI. VII. On peut conſulter, touchant l'origine & le progrès de la Ceſſion de Biens, Didier Herauld, *De rerum judicatarum auctoritate*, Lib. II. Cap. XXIV. XXV. & Jaques Godefroi, ſur le Code Theodosien, Lib. IV. Tit. XX. *Qui bonis ex* Lege Juliâ, *cedere poſſunt*, Tome I. page 402, *& ſeqq.*

(4) *Sanè quadam exceptiones non ſolent his* [ fidejuſſoribus ] *accommodari. Ecce enim debitor, ſi bonis ſuis ceſſerit, & cum eo creditor experiatur: defenditur per exceptionem, Si bonis ceſſerit. Sed hæc exceptio fidejuſſoribus non datur: ideo ſcilicet quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè proſpicit, ut cum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis quos pro eo obligavit, ſuum conſequi.* Institut. Lib. IV. Tit. XIV. *De Replicationibus*, §. 4. Voyez au reſte, ſur la *Ceſſion des biens*, auſſi-bien que ſur la *Déconfiture*, les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par Daumat, I. Part. Liv. III. Tit. V.

(5) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. VII. §. 3.

(6) Ou en donnant quelque Gage. C'eſt auſſi ce que diſent ordinairement les Interprêtes du Droit Romain, comme il paroit par Struvius, que nôtre Auteur avoit ici devant les yeux, *Synt. Jur. Civ.* Exerc. XLVII. §. 41. A en juger même par le Droit Naturel tout ſeul, je ne vois pas pourquoi une Caution ne pourroit pas s'engager à quelque choſe de plus, pour le fond même de l'Obligation, que ce à quoi le Débiteur principal eſt tenu. Tout ce qui s'enſuivroit de là, c'eſt qu'il y aura un melange de cautionnement avec quelque obligation, où la Caution entre en ſon nom propre, au cas que le Débiteur principal manque de ſatisfaire le Créancier. Si telle eſt la volonté bien claire des intéreſſez, il n'y a pas la moindre injuſtice. Le Créancier peut avoir de bonnes raiſons de n'accepter la Caution que ſur ce pié-là. La Caution, d'autre côté, ou ne croira guéres plus riſquer en cautionnant ainſi, ou voudra bien courir tout le riſque, comme ſi la dette eût été en elle-même plus conſidérable.

(7) *Obſtagium.*

mettant à quelque peine, ce que le Débiteur avoit promis purement & ſimplement. En certains Païs auſſi lorſque le Débiteur n'a pas payé au terme dont on étoit convenu, la Caution eſt obligée de ſe rendre en un certain lieu, & demeurer là pour *ôtage*, (7) comme on parle, juſqu'à ce que le Créancier ſoit ſatisfait. Mais comme cela peut donner lieu à de grands abus, on a eu raiſon d'abolir cette coûtume en d'autres endroits.

Des bénéfices que le Droit accorde à une Caution.

§. XI. Au reſte, le Cautionnement n'étant autre choſe qu'un acceſſoire d'une Obligation d'autrui, le Droit Naturel veut que le Créancier s'adreſſe premierement au (1) Débiteur principal; après quoi s'il ne peut rien tirer de celui-ci, il pourra s'en prendre à la Caution: c'eſt ce que les Loix Romaines appellent *Benefice de* (2) *Diſcuſſion*, ou *de Poſtériorité*. Que ſi la Caution eſt obligée de payer, il faut alors que le Créancier lui remette tous ſes droits, noms & actions (3) contre le Débiteur, ſuppoſé que cela lui fourniſſe quelque titre plus fort & plus favorable que celui qu'elle a entant que Caution; & ſurtout les gages qu'il peut avoir en main pour une partie de la Dette. Que ſi pluſieurs perſonnes ſe ſont rendues cautions pour un ſeul & même Débiteur, ſans que chacune ſoit obligée ſolidairement; il eſt clair que par le Droit Naturel on ne peut demander à chacune que (4) ce à quoi ſe monte ſa portion; à moins que quelqu'une d'entr'elles ne ſoit devenue inſolvable, ou (a) qu'il n'y ait pas moyen de la pourſuivre: car en ce cas-là ſa portion ſe rejette ſur tous les autres, par-

(a) Voyez *Phædr.* Lib. I. Fab. XVI.

(7) *Obſtagium.* Cela étoit autrefois en uſage dans l'*Allemagne*, même entre les Princes, comme le remarque Mr. Hertius qui en cite ici des exemples. Mr. Vitriarius dans ſon *Univerſum Jus Civile privatum*, Lib. III. Tit. XXI. §. 9. nous apprend que la coûtume ſe conſerve encore dans le Duché de *Holſtein*. Voyez ici ſurtout la Diſſertation du docte Jean Schilter, *De Jure Obſidum*, Cap. XI. parmi ſes *Exercit. in Pandect.* I. Part. pag. 96. *& ſeqq.* Edit. 1713.

§. XI. (1) Voyez la *Novelle* IV. de Justinien, Cap. I. *Ut creditores primo loco conveniant principalem.* Quintilien en allégue pour raiſon, qu'une Caution eſt digne de pitié, puiſque la dure néceſſité où elle ſe voit réduite, eſt l'effet de ſa bonté envers le Débiteur. *Etiam cùm iſtud periculum eſt ſponſoris, miſerabile eſt: bonitate labitur, humanitate conturbat. . . . Non enim aliter ſalvo pudore ad ſponſorem venit creditor, quàm ſi reſpicere à debitore non poſſit.* Declamat. CCLXXIII. Mais il faut remarquer, que par l'ancien Droit Romain le Créancier avoit le choix de s'en prendre ou au Débiteur principal, ou à la Caution, comme il jugeoit à propos: à moins qu'on n'en fût autrement convenu. *Jure noſtro eſt poteſtas creditori, relicto reo, eligendi fidejuſſores, niſi inter contrahentes aliud placitum doceatur.* Cod. Lib. VIII. Tit. XLI. *De fidejuſſorib. & mandatoribus*, Leg. V. Voyez auſſi la Loi III. Mr. Hertius dit que cela avoit lieu chez les *Juifs*, & il cite là-deſſus un paſſage qui ne fait rien au ſujet. Il ſuffit de le mettre ici pour en convaincre le Lecteur: *Prens*, dit Salomon, *la robe de celui qui a répondu pour l'Etranger, & reçois de lui quelque gage pour l'Etrangere.* Proverb. XX. 16. XXVII. 13. Mais le même Auteur en doit être cru, quand il ajoûte, que l'ancien Droit d'*Allemagne* étoit ici conforme à l'ancien Droit de *Rome*. Mr. Gundling remarque auſſi, qu'aujourd'hui même l'uſage s'en eſt conſervé à *Nurenberg* & ailleurs. Il prétend auſſi que cela eſt plus conforme à l'Equité Naturelle, ſelon laquelle il doit ſuffire, ſelon lui, que le Débiteur refuſe de payer; à moins que la Caution n'ait ſtipulé expreſſément, que le Créancier, avant que de s'en prendre à elle, feroit tout ſon poſſible pour être payé du Débiteur principal: faute de quoi, c'eſt tant pis pour elle, qui a négligé de ſe precautionner, comme elle le pouvoit. *Jus. Nat. & Gent.* Cap. XXV. §. 41. Mais un engagement ſubſidiaire, & auſſi onéreux que celui du Cautionnement, ne ſauroit être étendu ſi loin: ainſi il faut tourner la médaille, & dire au contraire, que c'eſt la faute du Créancier de ce qu'il n'a pas exigé que la Caution ſeroit tenuë de le ſatisfaire ſur un ſimple refus du Débiteur principal. Il faut dire la même choſe du *Bénéfice de Diviſion* entre les *Cofidejuſſeurs*; ſur quoi cet Auteur décide de la même maniere, & ſur le même fondement.

(2) *Beneficium excuſſionis, & ordinis*: termes des Interprêtes, & non pas du Droit Romain. La raiſon du dernier ſaute aux yeux. L'autre eſt fondé ſur ce qu'*excutere* ſignifie, dans le Droit Romain, voir ſi quelqu'un a de quoi payer, & s'en prendre alors à lui.

(3) *Creditori, qui pro eodem debito, & pignora, & fidejuſſorem accepit, licet, ſi malit fidejuſſorem convenire in eam pecuniam, in quam ſe obligaverit; quod quum facit, debet jus pignorum in eum transferre.* Cod. Lib. VIII. Tit. XLI. *de fidejuſſoribus & mandatoribus*, Leg. II.

(4) Par le Droit Romain le Créancier pouvoit s'adreſſer à quel des Cofidejuſſeurs il lui plaiſoit, & le faire payer lui ſeul: car on ſuppoſoit que chacun des Cofidejuſſeurs eſt obligé ſolidairement; ce qui n'eſt vrai néanmoins, à en juger par la Raiſon, que quand tous les autres ſe trouvent inſolvables. Mais l'Empereur Hadrien ordonna, que ſi dans le tems du procès intenté les Cautions étoient ſolvables, le Créancier ne pourroit demander à chacune que ſa portion. Voyez Institut. Lib. III. Tit. XXI. §. 4. Et en cela conſiſte ce que les Juriſconſultes appellent *Bénéfice de diviſion.* Voyez Mr. *Noodt*, dans ſes *Probabilia Juris*, Lib. II. Cap. I.

ceque la raiſon pourquoi on a voulu avoir pluſieurs Cautions, c'eſt afin qu'au défaut d'une ou de deux on eût dequoi ſe dédommager ſur les autres. Mais il faut diſtinguer ici entre une *ſimple Caution*, & une *Caution* (5) *ſolidaire*, c'eſt-à-dire, qui ſe charge entierement & en ſon propre nom de la dette : car quiconque s'oblige de cette maniere, n'eſt plus réputé Caution, & l'on s'adreſſe à lui directement, comme au principal Débiteur. Pour ſçavoir maintenant ſi une Caution peut redemander ce qu'elle a payé pour le Débiteur principal, & de quelle maniere elle peut s'y prendre, il n'y a qu'à examiner ſur quel pié elle s'eſt engagée pour lui; ſi c'eſt une Donation gratuite, ou une Commiſſion, ou un Prêt, ou une Compenſation, ou quelque autre choſe de ſemblable. Il arrive auſſi quelquefois, que la Caution s'en fait donner une autre, qui s'engage à lui rembourſer ce qu'elle aura payé au Creancier, en cas que le Débiteur principal devienne inſolvable; & c'eſt ce qu'on appelle *Caution d'indemnité* (6). L'engagement de cette ſeconde Caution envers la premiere, & le droit ou l'action qu'elle a contre le Débiteur principal, (7) ſont préciſément les mêmes que ceux de la premiere Caution par rapport au Débiteur principal & au Créancier.

Des *Pleiges*.

(a) Voyez *Andocides, de Myſteriis,* ſive *Orat.* I. pag. 193, 194. *Edit. Wech.* l'Hiſtoire de *Damon* & de *Pythias*, ou plûtôt *Phincias*, dans *Ciceron, de Offic.* Lib. III. Cap. X. *Manilius, Aſtronomic.* Lib. II. pag. 48. verſ. 1, 2. *Edit. Scalig. Hygin.* Fabul. CCLVII. *Quintilien*, Decl. XVI. Voyez auſſi *Martinius*, *Hiſt. Sinic.* Lib. IV. Cap. XI.

§. XII. A l'egard des *Pleiges*, c'eſt-à-dire, de ceux qui répondent pour autrui en matiere d'affaires criminelles & des Obligations qui en reſultent; pluſieurs ont (a) cru autrefois, que chacun eſt maître ſi abſolu de ſa propre Vie, qu'il peut l'engager pour celle d'autrui, juſqu'à s'expoſer à ſubir le dernier ſupplice au défaut ou en la place du Criminel. Mais (1) ſans examiner ici le principe d'où l'on tiroit cette concluſion, il eſt certain, du moins ſelon les régles de la Juſtice Humaine, que le ſimple conſentement du Pleige ne ſuffit pas pour autoriſer à lui infliger la peine corporelle,

(5) C'eſt ce qu'on appelloit proprement *Expromiſſor*; comme, par exemple, Digest. Lib. XII. Tit. IV. *De condict. cauſa data*, &c. Leg. IV. & Lib. L. Tit. XVII. *de diverſis regulis Juris*, Leg. CX. §. 1. Une ſimple Caution au contraire ſe nommoit *Adpromiſſor*. Voyez Digest. Lib. XLV. Tit. I. *De verborum obligationibus*, Leg. V. §. 2. & Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolutionibus & liberationibus*, Leg. XLIII. Cette derniere Loi ſera citée ſur le Chap. ſuivant, §. 1. *Note* 6. Mr. Heineccius (*Antiq. Rom. ad Inſt.* Lib. III. Tit. XXI. §. 4.) a dit, qu'on entendoit par *Adpromiſſor*, celui qui, après avoir promis quelque choſe en ſon propre nom, s'engageoit enſuite à la même choſe pour un tiers. Il ſe fonde ſur ce paſſage de Festus : *Adpromiſſor eſt, qui, quod ſuo nomine promiſit, idem pro altero quoque promittit.* Mais il y a long-tems que feu Mr. Dacier a remarqué, que dans ce paſſage il faut lire : *quod ſuo nomine promiſit* Alter, *idem*, &c. La même conjecture eſt venuë dans l'eſprit à Jacques Mesnard, ſçavant Juriſconſulte, *Note* in Cic. *Orat. pro Roſc. Amerin.* page 17. Tome I. Oratt. *Edit. Græv.* Voyez au reſte, ſur ces mots & autres approchans, Mr. Schulting *Juriſpr. Ante-Juſtin.* page 260.

(6) Mr. Hertius accuſe ici notre Auteur de confondre la *Caution d'indemnité* avec une ſeconde Caution qui ſe charge de dedommager la premiere. Mais les Docteurs ne s'accordent pas eux-mêmes ſur l'idée qu'ils attachent à ces diſtinctions, comme on peut le voir dans la Diſſertation de Mr. Thomasius, *de Fidejuſſore Indemnitatis*. Elles ne ſont pas non-plus du Droit Romain; & Mr. Hertius, après d'autres, applique ici mal-à-propos les Loix VIII. §. 12. & XXVII. §. 2, 4. du Titre du Digest. *De Fidejuſſoribus*, &c. Car il s'agit-là non d'une ſeconde Caution que la Caution principale exige pour ſa propre ſureté; mais de celle que le Créancier exige pour la ſienne, au défaut de la premiere Caution, & par rapport à laquelle cette premiere Caution tient lieu de Débiteur principal. Ainſi notre Auteur a pû auſſi-bien appeller *Caution d'indemnité* celle qui s'engage de l'une ou l'autre maniere dont on vient de dire, que celle qui, comme l'explique Mr. Hertius, s'oblige non pas purement & ſimplement pour toute la Dette, mais ſeulement autant qu'il s'en faudra que le Débiteur principal ne ſoit payé; c'eſt-à-dire, que s'il ne peut recouvrer qu'une partie de la dette, la Caution ne ſera non-plus tenuë de le dédommager que d'une partie. Voyez Digest. *ubi ſuprà*, Leg. XLI. LII. LXIII. & *Lib.* XLV. Tit. I. *De verb. obligat.* Leg. CXVI.

(7) C'eſt-à-dire, que comme la premiere Caution s'engage à ſatisfaire le Créancier au cas que le Débiteur principal y manque, & a enſuite ſon recours contre celui-ci; de même, ſi après avoir payé, le Débiteur principal ſe trouve inſolvable, elle peut alors s'en prendre à la ſeconde Caution, qui, en ce cas-là, eſt, par rapport à elle, le Débiteur principal. Et alors la ſeconde Caution conſerve le droit de ſe faire rendre, au premier Débiteur, quand elle en trouvera le moyen ce qu'elle a donné à la premiere, auprès de qui elle avoit répondu de la Dette qu'elle ſeroit obligée de payer comme Caution.

§. XII. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. IV. §. 17, 18. & la Note de Mr. Hertius, qui rejette avec raiſon les foibles argumens dont Paul Voet ſe ſert pour juſtifier la coûtume de certains Pays où les Pleiges ſont punis corporellement, *De Statutis*, Sect. V. Cap. II. §. 22. &c.

que le Criminel auroit dû ſouffrir ; à moins qu'il ne ſe ſoit adroitement mis à la place du Criminel pour lui donner occaſion de s'évader : car alors le Magiſtrat eſt en droit de le punir à proportion du préjudice que l'Etat reçoit par-là ; (b) ce qui quelquefois peut mériter la mort ; ſurtout ſi celui qui s'eſt ſauvé eſt en état de faire encore bien du mal. Du reſte, les régles des Tribunaux Politiques ne permettent pas de faire ainſi mourir une perſonne pour une autre, & cela non ſeulement parceque l'Homme ne peut pas ſacrifier ſa propre Vie de ſa pure volonté, ſans qu'il en revienne aucun bien au Public, & pour épargner ſimplement à un Criminel la peine qu'il a meritée ; mais encore parceque de cette maniere la peine n'eſt point rapportée à ſon véritable but & à ſa deſtination naturelle, qui eſt de corriger le Coupable, ou du moins de détourner les autres du crime par ſon exemple. (c) En effet le Pleige n'eſt en aucune façon ni l'auteur, ni le complice du crime ; & ceux qui verront punir un Innocent ne ſeront pas détournez par-là de mal-faire, ils auront ſeulement compaſſion de lui, ou bien ils admireront la grandeur de ſon amitié, & ſa conſtance à ſouffrir la mort pour autrui. L'uſage légitime de Pleiges eſt donc ſeulement de s'engager devant le Juge, qui doit connoître du crime, à payer le dommage qui paroîtra en provenir, & l'amende pécuniaire qui ſera portée par la Sentence ; ou bien à repréſenter l'Accuſé, s'il eſt abſent, de-peur qu'on ne le condamne ſans l'entendre ; ou s'il eſt préſent, mais en priſon, afin qu'il ne ſoit pas obligé de plaider ſa cauſe dans les fers. Et en ce cas-là le meilleur eſt que le Magiſtrat fixe avant toutes choſes une certaine amende, qui doive être payée au cas que le Criminel s'évade ; afin que le Répondant voye ſi ſes facultez lui permettent de s'obliger pour une pareille ſomme.

(b) Voyez I. *Rois* XX, 39.

(c) Voyez *Ant. Matthæus, de crimin* ad Leg. XLVIII. Digeſt. Tit. XIV. Cap. II. §. 13. & ſeqq. & *Grotius*, Liv. II. Chap. XXI. §. 11. num. 2.

Pour ce qui concerne l'engagement des *Otages*, comme il ſuppoſe l'établiſſement du Gouvernement Civil, & les Traitez Publics, on en traitera (d) ailleurs plus commodément.

(d) Liv. VIII. Ch. VIII. §. 6.

Ce que c'eſt qu'un *Gage*.

§. XIII. IL eſt encore très-ordinaire, que *le Débiteur remette entre les mains du Créancier, ou lui affecte pour ſureté de la Dette, une certaine choſe, à titre de* GAGE, ou d'HYPOTHEQUE, dont le Creancier ne ſe deſſaiſit point qu'il n'ait été ſatisfait. On prend cette précaution, non ſeulement afin que le Débiteur tâche de s'acquitter au plûtôt pour ravoir ce qu'il a donné en gage (a), mais encore (1) afin que le Créancier ait en main dequoi être payé, ſi on ne le ſatisfait pas, & dequoi s'épargner les chagrins & l'embarras d'un procès. De-là vient qu'ordinairement le Gage vaut plus que ce que l'on prête, ou du moins autant. L'uſage des Gages ayant donc été établi pour la ſureté des Dettes, & les Dettes conſiſtant en certaines choſes qui ont un *Prix* ou *propre & intrinſeque*, ou *éminent* ; il ne faut pas que les premiers ſoient d'une autre nature que les dernieres. Ainſi on ne ſauroit raiſonnablement approuver la coûtume des *Egyptiens*, parmi leſquels (b) il y avoit une Loi qui ne permettoit d'emprunter qu'à condition d'engager le corps embaumé de ſon Pere, à celui dont on empruntoit. Il eſt vrai que c'etoit une très-grande infamie, de ne pas retirer au plûtôt un gage ſi précieux, & celui qui mouroit ſans s'être acquitté de ce devoir, étoit privé de la ſépulture. Je trouve auſſi de l'inhumanité à refuſer (2) la ſépulture aux

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. XIII. Tit. VII, *De pigneratitia actione*, &c. Leg. XXXV. §. 1.

(b) *Diodor. Sicul.* Lib. I. C. XCIII. *Herodot.* Lib. I. Cap. 136. *Lucian. de Luctu*, p. 306, 307. *Edit. Amſt.*

§. XIII. (1) *Pignus utriusque gratiâ datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto ſit creditum.* Inſtit. Lib. III. Tit. XV. *Quibus modis re contrahatur obligatio*, §. 4. Voyez, ſur toute cette matiere, la Diſſertation de Mr. THOMASIUS, *de diſtinct. inter emptionem cum pacto de retrov. & Contractum pignor.* Cap. II.

(2) C'eſt ce que JUSTINIEN défendit ſous de rigoureuſes peines, NOVELL. LX. Cap. I. & CXV. Cap. V. §. 1. comme le remarque ici Mr. *Hertius*.

perſonnes qui meurent inſolvables, pour obliger les Parens, par cet indigne traitement, à payer des dettes qui ne les regardent point (3)

Des diverſes ſortes de Gages.

§. XIV. LES choſes que l'on donne en gage, ſont ou ſteriles, ou de quelque revenu. L'Engagement des dernieres eſt ſouvent accompagné d'une (1) clauſe d'*Antichreſe*, par laquelle on convient que le Créancier, pour l'intérêt de ſon argent, tirera ou en tout ou en partie, les revenus de la choſe qu'il a en gage, en rendant au Débiteur ce qui ſe trouvera au-delà des intérêts. Pour les choſes ſtériles, on les engage auſſi ſouvent ſous une *clauſe commiſſoire*, en vertu de laquelle ſi on ne retire le gage dans un certain tems, il demeure au Créancier. Par le Droit Naturel il n'y a là rien d'injuſte, ſurtout (2) ſi la valeur de la choſe engagée n'excede pas la ſomme prêtée, & les intérêts du tems limité; ou que le Créancier rende le ſurplus au Débiteur. Les Loix Romaines (3) défendoient néanmoins de prendre des Gages ſous cette condition, pour empêcher qu'un avide Créancier ne pût aiſément dépouiller de leurs biens les Pauvres, ou ceux qui étant d'ailleurs accommodez ſe trouvent pour l'heure dans quelque beſoin preſſant, en les réduiſant à la néceſſité de lui donner en gage des choſes qui valent beaucoup plus que ce qu'il leur prête. On peut auſſi ſans injuſtice, ſtipuler que ſi le Débiteur ne paye pas au bout d'un certain tems (4), le Gage ſera comme vendu au Créancier à un prix raiſonnable, ſelon l'eſtimation d'un

(3) Il faut remarquer en paſſant, ajoûtoit ici notre Auteur, que dans le Royaume de *Pégu* un homme peut engager ſa Femme & ſes Enfans à ſes Créanciers. Mais ſi le Créancier couche avec la Femme ou avec la Fille de ſon Débiteur, il perd ſa dette, & eſt obligé de rendre la perſonne engagée; moyennant quoi il n'eſt ſujet à aucune autre punition. CASP. BALB. *Itinerar.*

§. XIV. (1) *Si* αντιχρησις, *id eſt*, mutuus pignoris uſus pro credito, *facta ſit; & in fundum, aut in ædes, aliquis inducatur: euſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur; cùm in uſuras fructus percipiat, aut locando, aut ipſe percipiendo, habitandoque*. DIGEST. Lib. XX. Tit. I. *De pignoribus & hypothecis*, &c. Leg. XI. §. 1. Voyez les *Obſervations* de Mr. *Noodt* Lib. II. Cap. IX. Mr. THOMASIUS, dans la Diſſertation que j'ai déja citée pluſieurs fois, *de accurata diſtinct. inter Emptionem cum pacto de retrov. & Contract. pignor.* Cap. II. §. 9. *& ſeqq.* ſoûtient, que par le Droit Naturel & indépendamment des Loix Civiles, la clauſe d'*Antichreſe* ſe ſouſentend d'elle-même, comme renfermée dans le but du Contract. Il va même juſqu'à dire, que le Créancier profite de tous les Fruits, quels qu'ils ſoient, ſans être obligé d'en rendre compte. On pourra examiner les raiſons que cet habile Juriſconſulte donne de ſon opinion, dans l'endroit marqué. L'incertitude des revenus de la plûpart des choſes engagées, eſt ici d'un grand poids; car, comme le dit CICERON, dans un paſſage que je vois cité par Mr. HERTIUS, les fruits de la Terre ſont toûjours au gré des Vents & des Tempêtes. *Totæ autem res ruſticæ ejuſmodi ſunt, ut eas non ratio, neque labor, ſed res incertiſſimæ venti tempeſtateſque, moderentur.* In Verrem Lib. III. Cap. XLVIII. *& ult.* Voyez COD. Lib. IV. Tit. XLII. *De uſuris*, *Leg.* XVII. Ainſi on peut aiſément admettre cette penſée, pourvû qu'il n'y ait pas une grande diſproportion entre les intérêts & la valeur des revenus, en compenſant les mauvaiſes années par les bonnes.

(2) Ces reſtrictions ne ſont nullement néceſſaires, ſelon Mr. THOMASIUS, *ubi ſuprà*, §. 13, 14. ou il ſoûtient auſſi que la clauſe Commiſſoire doit être cenſée tacitement appoſée, toutes les fois qu'il y a un tems limité pour le payement de la Dette. Le Débiteur, dit-il, eſt cenſé, en ces cas-là, vendre ſon bien pour la ſomme prêtée, à raiſon de laquelle il l'avoit lui-même eſtimé, comme équivalent. Ainſi, après le terme expiré, le Créancier devient plein & irrévocable Proprietaire de la choſe engagée; & comme c'eſt tant pis pour lui s'il en trouve moins que l'argent qu'il a prêté, il eſt juſte auſſi, que s'il la vend quelque choſe de plus, ce ſoit pour ſon profit; à moins qu'on n'en ſoit autrement convenu, ou que les Loix de la Charité ne l'obligent à relâcher de ſon droit. J'admets encore cela, en ſuppoſant qu'il n'y ait pas une grande diſproportion entre la valeur du Gage, & la Dette entiere. Lors même qu'il n'y a point de tems déterminé, au bout duquel le débiteur doive retirer le Gage en payant, il me ſemble qu'on ne doit pas autrement décider ici, comme fait Mr. THOMASIUS, §. 16. Qui eſt-ce qui voudroit prêter à condition de n'avoir jamais ni ſon argent ni le pouvoir ou de vendre le gage, ou de ſe l'approprier du moins juſqu'à la concurrence de la ſomme prêtée? Or, pourvû que le Créancier en donne autant qu'un autre en donneroit, ce doit être tout un pour le Débiteur; & il paroit juſte qu'en ce cas là le Créancier ait la préférence. D'ailleurs, le changement qui peut arriver à la valeur du Gage avec le tems, & ſurtout les intérêts accumulez de l'argent prêté, feroient qu'un Gage ſtérile ne ſuffiroit plus pour ſervir de ſureté au Créancier.

(3) C'eſt-à-dire, les dernieres. Voyez COD. Lib. VIII. Tit. XXXV. *De Pactis pignorum, & de lege commiſſoria in pignoribus reſcindenda*: & le Commentaire de JACQUES GODEFROI ſur le CODE THEODOSIEN, Lib. III. Tit. II. Tome I. *page* 251. *& ſeqq.*

(4) *Poteſt ita fieri pignoris datio, hypothecave, ut, ſi* intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, jure emptoris poſſideat rem, juſto pretio tunc æſtimandam: *hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio*. DIGEST. *ubi ſuprà*, Leg. XVI. §. 9.

Arbitre expert & honnête homme, faite ou alors ou par avance; ou qu'en ce tems-là le Gage ſera donné en payement à juſte prix. Du reſte, comme le Créancier doit indiſpenſablement rendre le Gage dès le moment qu'on l'a ſatisfait, il faut auſſi que tant qu'il le tient entre ſes mains, il en prenne autant de (5) ſoin que de ſes propres biens; & même ſi c'eſt une choſe qui ſe détériore par l'uſage, il ne lui eſt pas permis de s'en ſervir ſans le conſentement du Proprietaire, à moins que le Contract ne porte clauſe d'*Antichreſe*. Que ſi la choſe engagée vient à ſe gâter ou à périr, par un effet de ſa mauvaiſe foi ou de ſa négligence, du moins d'une négligence au-deſſus de la groſſiere, il en eſt reſponſable au Débiteur.

Si l'on acquiert la Proprieté d'un Gage par droit de Preſcription ?

§. XV. ON ſoûtient ordinairement, (1) que le Créancier n'acquiert pas la Proprieté du Gage par droit de Preſcription; parce, dit-on, que le Débiteur ne peut pas tous les jours retirer ſon Gage, mais ſeulement lorſqu'il a dequoi payer. Ajoûtez à cela, que la Preſcription a été principalement établie pour empêcher que les procez ne ſe multipliaſſent à l'infini, & que l'on ne fût toûjours dans l'incertitude ſi l'on eſt véritable maître de ce que l'on poſſede; ce qui n'eſt point à craindre ici, puiſque celui qui a un Gage entre les mains, le garde non comme ſien, mais comme appartenant à autrui. D'ailleurs, on voit bien pourquoi le Proprietaire du Gage le laiſſe chez le Créancier; deſorte qu'on ne ſauroit préſumer qu'il l'abandonne. Il y a néanmoins un cas où il ſemble que le Débiteur ne doive pas être reçu à retirer ſon Gage; c'eſt, ſelon (a) GROTIUS, lors qu'ayant trouvé quelque obſtacle dans le moment qu'il vouloit le dégager, il a laiſſé depuis écouler, ſans plus rien dire, un ſi long eſpace de tems, qu'on a lieu de préſumer qu'il renonce à toutes ſes prétenſions. Je crois même, que ſi, à force de différer de ſatisfaire le Créancier, (2) il lui cauſe du dommage; celui-ci peut, ſans injuſtice, retenir le Gage en payement; ſurtout lorſque, par la longueur du tems il eſt arrivé du changement à la valeur des eſpeces; enſorte que, ſi alors le Débiteur retiroit ſon Gage, le Créancier recevroit moins qu'il n'a donné. Suppoſé, par exemple, que quelqu'un ayant prété mille Ecus ſur un Fonds de terre engagé ſous clauſe d'*Antichreſe*, enſorte que les revenus valoient alors l'intérêt de cette ſomme; on veuille

(a) Liv. III. Chap. XX. §. 60.

(5) *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in ſuis rebus præſtare ſolet, à creditore exiguntur.* DIGEST. Lib. XIII. Tit. VII. *de pigneratitia actione*, Leg. XIV. Voyez Mr. NOODT, *Probabil. Jur.* Lib. I. Cap. IV. Lib. IV. Cap. III. & *Obſerv.* II. 13. Mais ſi, ſans qu'il y ait de ſa faute, le gage vient à périr par un cas fortuit, il ne laiſſe pas de conſerver ſon droit, qui ſe tranſporte ſeulement ſur les autres biens du Débiteur: quoiqu'il ne puiſſe pas exiger que le Débiteur lui donne une autre choſe en gage à la place de celle qui eſt perduë, à moins qu'on n'en fût ainſi convenu dans le premier Engagement. *Quam* [diligentiam exactam] *ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu rem amiſerit, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.* INSTIT. Lib. III. Tit. XV. §. 4. Mr. THOMASIUS, *ubi ſuprà*, §. 17, 18. ſuppoſant, à mon avis, ſans néceſſité, qu'en matiere de choſes qui portent quelque revenu, le droit du Créancier ſur la choſe engagée eſt une eſpece de Proprieté révocable; veut qu'en ce cas là, la perte ſoit pour le Créancier. Un autre Profeſſeur de Hall, (JAC. GABR. WOLFIUS, *Juriſpr. Natur.* Part. II. Sect. I. Cap. X. §. 34.) eſt allé plus loin; & ſur ce principe, il fait la régle generale, de quelque nature que ſoit le Gage, ſtérile, ou non. Il veut ſeulement, qu'il ſoit plus conforme aux Loix de l'*Honnêreté* & de *la Bienſéance*, que le Créancier & le Débiteur partagent la perte. Mais, laiſſant là ces idées vagues d'*Honnêre* & de *Bienſéant*; je ne vois aucune raiſon ſuffiſante, ni de regarder le Créancier comme Proprietaire du Gage, ni de faire ici une exception à la régle, que ce qui périt eſt pour le compte du Proprietaire, quand il n'y a de la faute de perſonne. Ou l'on a prêté ſans intérêt; & alors en vertu de quoi le Débiteur voudroit-il que le Créancier perdit ſa Dette, pour lui avoir rendu ſervice & pour s'être privé de l'utilité qu'il auroit pû tirer de ſon argent? Ou l'on a prêté à intérêt; & ici chacune des Parties à la verité trouve ſon compte dans le Contract; mais cependant c'eſt toûjours principalement en faveur du Débiteur que ſe fait le Prêt. D'ailleurs, il auroit dû retirer plûtôt le Gage, ſoit qu'il y ait un tems limité pour le payement, ou qu'il n'y en ait point; puiſque, dans le premier cas c'eſt ordinairement en ſa faveur que ſe fait la limitation, afin qu'il ne ſoit pas obligé de la payer plûtôt. Que s'il n'y a pas de ſa faute, ce n'eſt pas non-plus celle du Créancier.

§. XV. (1) Les Interprêtes du Droit Romain ne ſont pas d'accord là-deſſus, & l'opinion ordinaire eſt plûtôt, que la Preſcription a lieu en matiere de Gages. Voyez GROTIUS Liv. II. Chap. IV. §. 15. aux paroles de qui l'Auteur fait ici alluſion, & joignez-y mes Notes ſur cet endroit.

(2) Voyez la *Note* 2. ſur le paragraphe précédent.

dégager la Terre à cent ans de là, que la valeur des eſpeces a diminué de la moitié; il eſt clair, que ſur ce pié-là le Créancier recevant mille Ecus, pourroit à peine en acheter la moitié d'un tel Héritage; au lieu qu'au tems du Contract il l'auroit eu tout entier à ce prix-là.

Quelle différence il y a entre le *Gage* & l'*Hypotheque*.

§. XVI. Le Droit Romain diſtingue entre le *Gage* proprement ainſi nommé, (1) & l'*Hypotheque*. Le premier ſe dit des *choſes que l'on délivre actuellement au Créancier*. L'autre conſiſte *à lui aſſigner & lui affecter ſeulement un certain bien*, ſurtout immeuble, par le moyen duquel il puiſſe ſe dédommager au cas que le Débiteur ne le paye pas; car les Choſes Mobiliaires pouvant être aiſément emportées, elles n'aſſureroient pas le payement de la Dette, ſi elles étoient ſimplement hypothéquées. Cette diſtinction peut être d'uſage parmi les Citoyens d'un même Etat; car la néceſſité obligeant ſouvent d'emprunter pour quelque tems (a), & chacun n'ayant pas toûjours à donner en gage des Choſes Mobiliaires dont la valeur égale la ſomme que l'on emprunte, il ſeroit bien fâcheux à un Débiteur de remettre d'abord à ſon Créancier ſes Terres ou ſa Maiſon. Il ſuffit donc que l'on affecte au Créancier, pour ſureté de la dette, un Bien Immeuble, qui ne ſauroit être enlevé, & dont on peut toûjours être mis en poſſeſſion par les Juges. Mais, dans l'indépendance de l'Etat de Nature, les ſimples Hypothéques ſont fort inutiles; car ſi le Débiteur refuſe de payer de bonne grace, il faudra en venir à la Force ou à la Guerre, pour ſe mettre ſoi-même en poſſeſſion des Terres ou autres choſes hypothéquées. Or dans cet état de Liberté, où l'on ne reconnoît point ici-bas de Juge commun, on peut toûjours, ſans aucune hypothéque, ſe ſaiſir, faute du payement, de tout ce qui appartient à un Débiteur (2).

(a) Voyez *Exod.* XXII, 26, 27. *Deut.* XXIV, 6. *Job*, XXII, 6. XXIV, 3. *Proverb.* XX, 16. & *Digeſt.* Lib. XX. Tit. I. *De Pignor.* &c. Leg. VI. VII. *Cod.* Lib. VIII. Tit. XVII. *Quæ res pignori obligari poſſunt*, &c. Leg. VIII. & *Diod. Sicul.* Lib. I. Cap. LXXIX.

---

# CHAPITRE XI.

## *Comment on eſt* DEGAGE' DES ENGAGEMENS *où l'on eſt entré ſoi-même.*

La maniere la plus naturelle d'être *degagé des Obligations* où l'on etoit entré ſoi-même; c'eſt d'*effectuer* ce qu'on a promis, ou par ſoi-même, ou par autrui.

§. I. Il ne reſte plus qu'à examiner, COMMENT ON EST DÉGAGÉ DES ENGAGEMENS où l'on étoit entré ſoi-même par quelque Convention, ou quelque Promeſſe.

1. La maniere la plus naturelle, c'eſt ſans contredit d'*effectuer* (1) *ce dont on étoit conveuu*; car après cela les Contractans n'ont plus rien à démêler enſemble là-deſ-

§. XVI. (1) *Pignoris adpellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur Creditori, maximè ſi mobilis ſit. At eam, quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, propriè hypotheca adpellatione contineri dicimus.* INSTIT. Lib. IV. Tit. VI. *De action* §. 7. Au reſte, ſur toute cette matiere des *Gages* & des *Hypotheques*, on peut conſulter les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. Part. Liv. III. Tit. I. Voyez auſſi Mr. NOODT, *Probabil. Jur.* Lib I. Cap. VIII. Lib. IV. Cap. X. XI. & *Obſervat.* II, 8. où il corrige quelques Loix, & il fait voir entr'autre choſes, que ſelon le Droit du Préteur, l'*Hypotheque* s'établiſſoit & finiſſoit auſſi par une ſimple Convention.

(2) Voyez GROTIUS, Liv. II. Chap. VII. §. 2. & ci-deſſous, Chap. XIII. de ce Livre, §. dernier

CHAP. XI. §. I. (1) *Tollitur autem omnis obligatio ſolutione ejus, quod debetur.* INSTITUT. Lib. III. Tit. XXX. *Quibus modis tollitur obligatio*, princip. Voyez DIGEST. Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolutionibus & liberationibus.* Il faut remarquer qu'on eſt tenu pour avoir payé, lorſqu'on a offert & conſigné ou dépoſé ce que l'on devoit; deſorte que ſi le Créancier a refuſé de le recevoir, c'eſt tant pis pour lui. On peut voir là-deſſus les déciſions du Droit Romain dans le Traité de BARNABE' BRISSON, *de Solutionib. & Liberationib.* Lib. II. page 408, *& ſeqq.* Edit. Antuerp. 1585. & dans quelques endroits des Oeuvres de Mr. NOODT, comme *De Uſuris & Fœn.* Lib. III. Cap. XV. *Obſervat* Lib. I. Cap. XIII.

ſus. Mais il faut remarquer, qu'il y a des Obligations (2) ſi perſonnelles, qu'elles ne ſauroient être remplies que par celui-là même qui y eſt aſſujetti : & d'autres, au contraire, dont on peut s'acquitter par procureur ; enſorte qu'il eſt indifférent à celui qui en eſt l'objet, qu'on lui rende ce qu'on lui doit ou par ſoi-même, ou par toute autre perſonne que l'on voudra. De cette derniere ſorte ſont ordinairement les Contracts où il s'agit de faire en faveur d'autrui, pour de l'argent, (3) quelque travail commun, dont il ſe trouve pluſieurs perſonnes capables de s'acquitter également bien ; comme auſſi ceux qui roulent ſur des choſes ſuſceptibles de remplacement, & en général ſur toutes celles qui ſont de telle nature, qu'il n'importe d'où elles nous viennent. En fait de tels Contracts, la maniere la plus naturelle d'être déchargé de ſon Obligation, eſt bien toujours de payer ſoi-même ce que l'on doit, & d'effectuer ce à quoi l'on s'eſt engagé, ou du moins d'en donner commiſſion à quelqu'un, qui l'execute de nôtre part & par nôtre ordre. Cela n'empêche pourtant pas que, ſi (4) tout autre veut ſatisfaire pour le Débiteur, avec déclaration expreſſe que c'eſt (5) en ſon nom qu'il paye, le Créancier ne doive s'en contenter, & tenir dès-lors le Débiteur quitte. Et ici il faut remarquer, à l'égard des Cautions, que ſi le Débiteur principal paye, la (6) Caution eſt dégagé en même tems : comme d'autre côté, ſi la Caution paye, le Débiteur principal eſt dès-lors quitte envers le Créancier ; mais il devient Débiteur de la Caution, (7) quand même ce ſeroit à ſon inſçu qu'elle auroit payé.

§. II. On demande, *ſi celui qui a payé pour un autre, ſans agir ni par ſon ordre,*

Si ceux qui *payent pour un autre ſans ſon conſentement, ou à ſon inſçu*, peuvent ſe faire rembourſer ?

(2) Voyez ce que l'on a dit Liv. I. Chap. I. §. 19. ſur la diſtinction du *Pouvoir communicable*, ou *incommunicable*.

(3) Comme quand on a donné à faire un Habit, ou un Coffre, &c. car il n'importe que le Tailleur ou le Menuiſier ayent fait eux-mêmes l'ouvrage, ou qu'ils l'ayent fait faire par quelque autre de leur métier ; à moins qu'on ne ſoit expreſſément convenu que celui qui ſe charge de l'ouvrage y travaillera lui ſeul, ou qu'il n'y eût une grande diſproportion entre ſon habileté & celle de l'autre ouvrier de la main duquel il s'eſt ſervi. *Si cui locaverim faciendum, quod ego conduxeram, conſtabit habere me ex locato actionem.* Digest. Lib. XIX. Tit. II. *Locati conducti*, Leg. XLVIII. *princ. Inter artifices longa differentia eſt & ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & inſtitutionis. Ideo* ſi navem à ſe fabricandam *quis promiſerit, vel* inſulam ædificandam foſſamve faciendam, *& hoc ſpecialiter actum eſt*, ut ſuis operis id perficiat *fidejuſſor ipſe ædificans, vel foſſam fodiens, non conſentiente ſtipulatore, non liberabit reum.* Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolut. & liberat.* Leg. XXXI.

(4) Quand même le Debiteur n'y conſentiroit pas. *Nec intereſt, quis ſolvat : utrum ipſe, qui debet, an alius pro eo : liberatur enim & alio ſolvente ſive ſciente, ſive ignorante debitore, vel invito eo ſolutio fiat.* Institut. *ubi ſuprà.* La raiſon en eſt, diſent les Juriſconſultes, qu'on peut rendre meilleure la condition d'une perſonne qui ignore ce que l'on fait en ſa faveur, ou même qui s'y oppoſe. *Solvere pro ignorante & invito cuique licet cùm ſit Jure Civili conſtitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.* Digest. Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolut. & liber.* Leg. LIII. Voyez auſſi les Loix XXIII. & XL. du même Titre, & Lib. III. Tit. V. *De neg. geſt.* Leg. XXXIX.

(5) Car, comme diſent les Juriſconſultes Romains dans une Loi que l'Auteur citoit ici, ce que l'on paye en ſon propre nom ne libere pas le Débiteur. *Nam quod quis ſuo nomine ſolvit, non debitoris, debitorem non liberat.* Digest. Lib. V. Tit. III. *de hereditatis petitione*, Leg. XXXI. *princip.* Au reſte, il faut remarquer, que ſelon le ſtile des Juriſconſultes Romains, qui eſt ici fort commode & que nôtre Auteur ſuit dans ce chapitre, les termes de *Dette*, de *Créancier*, de *Debiteur*, de *Payement*, ne regardent pas ſeulement l'Obligation de ceux qui doivent une ſomme d'argent, ou quelque autre choſe ſuſceptible d'équivalent ; mais en général les engagemens où l'on eſt pour toute autre cauſe, comme pour un Contract de Louage, ou de Dépôt, &c. Creditorum *adpellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt : ſed omnes, quibus ex qualibet cauſa debetur.* Digest. Lib. L. Tit. XVI. *De verborum ſignificatione*, Leg. XI. Credendi *generalis adpellatio eſt ideo ſub hoc titulo Prætor, & de commodato & de pignore edixit : nam cuicunque rei adſentiamur alienam fidem ſecuti, mox recepturi quid ex hoc contractu*, credere *dicimur.* Lib. XII. Xit. I. *De rebus creditis*, &c. Leg. I. *Solutionis verbo ſatisfactionem quoque omnem accipiendam placet :* solvere *dicimus eum, qui fecit, quod facere promiſit.* Lib. L. Tit. XVI. *De verb. ſignific.* Leg. CLXXVI. Voyez auſſi *Lib.* XLVI. *Tit.* III. *De ſolution. & liberat.* Leg. LIV. & Daumat, *Loix Civ. dans leur ordre naturel*, I. Part. Liv. IV. Tit. I. où il traite de toute la matiere des *Payemens*.

(6) *Item ſi reus ſolverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, ſi fidejuſſor ſolverit : non enim ipſe ſolus liberatur, ſed etiam reus.* Instit. *ubi ſuprà. In omnibus ſpeciebus liberationum etiam acceſſiones liberantur ; putà adpromiſſores, hypothecæ, pignora : præterquam quod inter creditorem & adpromiſſores confuſione factâ reus non liberatur.* Digest. *Lib.* XLVI. Tit. III. *De ſolut. & liber. Leg.* XLIII.

(7) Voyez Digest. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati vel contra.* Leg. XXIX.

*ni en qualité de Caution, eſt en droit de ſe faire rendre ce qu'il a déburſé en ſa faveur.* Surquoi on diſtingue ordinairement, s'il a payé contre la volonté & les défenſes du Débiteur, ou ſeulement à ſon inſçu. Dans le premier cas, il eſt clair qu'il ne (1) peut rien demander; puiſque le Débiteur, bien-loin de donner ſon conſentement, l'a ouvertement refuſé. Cependant, comme pour l'ordinaire on préſume que perſonne ne jette ſon bien de gayeté de cœur, il faut voir encore, ſi celui qui paye veut faire (2) préſent au Créancier de la ſomme qu'il lui compte, ou s'il ne l'entend pas ainſi. Dans le premier cas, le Débiteur ne gagne ni ne perd rien. Dans l'autre, il faut dire néceſſairement que celui qui paye prétend acquérir les droits & actions du Créancier contre le Débiteur. Et quoique peut-être le Créancier n'ait pas ſçu d'abord que celui qui payoit le faiſoit ſur ce pié-là, & qu'il ait reçu le payement comme venu de la part du Débiteur; cependant, ſi l'autre ne peut pas enſuite obliger le Débiteur à lui rembourſer de bonne grace ce qu'il a donné pour lui, l'Equité veut que le Créancier ou lui rende ce qu'il a reçu, en reprenant l'action qu'il avoit contre le Débiteur, ou lui céde tous ſes droits, afin qu'il puiſſe agir contre le Débiteur comme Créancier: d'autant plus qu'on préſume, que quiconque paye pour un autre croit lui faire plaiſir; d'où vient que les Loix Romaines (3) donnent au premier *action pour geſtion d'affaires*. Cependant,

§. II. (1) Surtout ſi la Dette n'étoit pas bien légitime, ni bien liquide. Voyez les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. Part. Liv. IV. Tit. I. Sect. III. §. 2. Mr. TREVER prétend, que cette maxime du Droit Romain n'a aucun fondement dans le Droit Naturel; & cela pour deux raiſons. L'une eſt, que de cela ſeul qu'on paye pour quelqu'un, malgré lui, il ne s'enſuit pas qu'on veuille lui faire préſent de ce qu'on donne; parcequ'il peut ſe faire que le Débiteur ou par paſſion, ou faute de connoitre ſes veritables intérêts, refuſe un payement qu'il ſera bien aiſe enſuite avoir été fait en ſon nom. L'autre raiſon eſt, que naturellement quiconque paye pour autrui, malgré le Débiteur même, entre au lieu & place du Créancier, & eſt cenſé s'être fait tranſporter l'action que celui-ci avoit contre le Débiteur. *Not. in* PUFFEND. *De Offic. Hom. & Civ.* Lib. I. Cap. XVI. §. 1. La derniere raiſon n'eſt d'aucune force, qu'en ſuppoſant la premiere vraye; à moins que le Créancier n'ait expreſſément, comme il le peut, transferé ſes droits, noms & actions, à celui qui paye pour le Débiteur: & ce n'eſt pas dequoi il s'agit ici. La queſtion ſe réduit donc à ſçavoir, s'il y a en général une préſomption ſuffiſante, que celui qui paye pour un autre, malgré lui, veuille néanmoins ſe faire rendre ce qu'il donne; & ſi quand même ſon intention ſeroit telle, il ſeroit en droit de la faire valoir contre le Débiteur qu'il a liberé. Or il eſt bien vrai que les Hommes ne ſe défont pas aiſément de leur bien à pure perte, & qu'ainſi on ne doit pas le préſumer aiſément: mais cela même donne ici lieu à une préſomption contraire. Quand on paye pour quelqu'un à ſon inſçu, & enſorte qu'on le fait pour ſon avantage, comme il faut toûjours le ſuppoſer; on peut croire qu'il y conſentiroit volontiers s'il ſçavoit ce qui ſe paſſe, & l'on peut par conſequent être cenſé n'avoir voulu rien perdre du ſien pour lui rendre ſervice. Mais lorſque le Débiteur le ſçachant & voyant, nous défend de payer pour lui, ou témoigne de quelque maniere que ce ſoit qu'il n'eſt pas bien aiſe qu'on paye; ſurquoi peut-on fonder l'eſpérance d'être rembourſé? Plus un homme ſera d'ailleurs tenace, & plus on aura lieu de préſumer qu'il y a quelque raiſon particuliere qui le porte à agir en ce cas-là contre ſon inclination ordinaire. Auſſi y aura-t-il peu de gens de ce caractere, qui ſoient d'humeur à courir un riſque ſi manifeſte. Ceux qui voudront ainſi dégager un Débiteur malgré lui, ſeront d'ordinaire des perſonnes généreuſes & affectionnées pour lui, aſſez accommodées d'ailleurs pour faire la liberalité toute entiere. Suppoſé néanmoins que leur intention ſoit de ſe mettre ſeulement à la place du Créancier, elle ne ſçauroit avoir aucun effet par rapport au Débiteur liberé. Car outre qu'il peut oppoſer bien des raiſons ſur la qualité de la Dette & la néceſſité du payement, il lui ſuffit après tout de dire: *De quoi vous mêlez-vous? Ce ne ſont pas là vos affaires. Vous le ſçaviez, je vous avois déclaré que je ne voulois pas que vous payaſſiez pour moi.* Et au fond il y auroit de grands inconvéniens, ſi chacun pouvoit s'ingerer ainſi d'obliger les gens malgré eux. Quiconque le fait doit être cenſé le faire à ſes riſques & périls. Par conſéquent l'interprétation naturelle eſt ici, que celui qui paye pour le Débiteur, contre ſon gré, veut ou lui faire préſent de ce qu'il donne, ou du moins lui laiſſer la liberté de rendre ou de ne pas rendre. Je ne prétends pas pour cela que le Débiteur dégagé puiſſe toûjours honnêtement & en conſcience ſe diſpenſer de la reſtitution. Mais il s'agit ici de ce qu'on a droit d'exiger de lui à la rigueur.

(2) Mais alors ce n'eſt plus payer pour autrui. Ainſi le cas ne fait rien au ſujet.

(3) L'Auteur renvoye ici à une Loi que je vais citer, & à la derniere du même Titre. *Cùm pecuniam ejus nomine ſolveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum geſtorum actio tibi competit: cùm ea ſolutione debitor à creditore liberatus ſit: niſi ſi quid debitoris interfuit, eam pecuniam non ſolvi.* DIGEST. Lib. III. Tit. V. *De negotiis geſtis*, Leg. XLIII. Mais il s'agit là de celui qui paye ſeulement à l'inſçu du Débiteur; au lieu que l'Auteur traite du cas où l'on paye, même contre les defenſes de celui dont on acquitte la Dette. Or il eſt certain, comme le remarque Mr. HERTIUS, que, par le

dant, comme l'autre peut repliquer, qu'il n'étoit pas bien aiſe de lui avoir cette obligation ; le plus court eſt de dire, que quand on paye pour quelqu'un à ſon (4) inſçu, le Créancier eſt cenſé nous avoir remis ſes droits. Or partout ailleurs, lorſqu'on a fait quelque dépenſe, ou employé ſa peine utilement pour les affaires d'une perſonne à ſon inſçu, ſi l'on ne trouve pas dequoi ſe dédommager en retirant ce que l'on a fourni pour l'amélioration, on (5) peut retenir la choſe entiere comme en gage, juſqu'à ce qu'on ait été rembourſé.

*A qui eſt-ce qu'il faut payer ?*

§. III. CELUI *à qui l'on doit payer*, ou envers qui l'on doit s'acquitter de toute autre Obligation, c'eſt celui à qui l'on s'eſt engagé (1), ou du moins une perſonne qu'il a chargée de recevoir la Dette en ſon nom. Que ſi l'on a payé quelque autre ſans le ſçavoir, on n'eſt pas pour cela quitte envers le Créancier : on peut ſeulement exiger de celui (2) à qui on ne devoit rien, qu'il nous rende ce qu'il a reçu. Il faut ſuppoſer encore, que celui à qui l'on paye (3) ait l'adminiſtration de ſes biens, & ſoit en état de connoître ce qu'il fait; car ſi c'eſt une perſonne qui n'entende point du tout ſes intérêts, où qui les néglige, faute de conduite & de jugement; on ſera cenſé avoir jetté ſon argent à l'étourdie, plûtôt que de s'être acquitté.

*Quelle choſe on doit payer ?*

§. IV. A L'EGARD de ce *que l'on doit*, il faut donner ou executer cela même dont on eſt convenu, & non pas (1) quelque autre choſe d'équivalent. Il faut payer le tout, & non pas une partie (2) ſeulement, ni une choſe diviſée ou tronquée en quelque maniere. Il faut auſſi ſatisfaire (3) dans le lieu & au terme (4) réglé par la Convention,

le Droit Romain, on n'a point du tout action pour geſtion d'affaires contre un homme pour qui l'on a payé malgré lui. Voyez DIGEST. Lib. III. Tit. V. *De negotiis geſtis*, Leg. VIII. §. 3. Lib. XVII. Tit. I. *Mand. vel contra*, Leg. VI. §. 2. Leg. XL. & *Cod.* Lib. II. Tit. XIX. *De negot. geſtis*, Leg. XXIV. *ſeu ult.* Il y a ici une confuſion d'idées, qui me fait ſoupçonner que l'Auteur, ou les Imprimeurs, ont ſauté quelques mots, & peut être une periode entiere. Voyez la *Note* ſuivante.

(4) L'Auteur a voulu dire, *contre ſa volonté & ſes défenſes*, & il doit avoir écrit ſans y penſer, *pro ignorante*, pour, *pro invito* ; ou peut-être qu'il vouloit mettre l'un & l'autre, *pro invito & pro ignorante* ; ſi du moins il n'y a pas ici une plus grande omiſſion : car le mot d'*ignorantis* ſe trouve encore dans la période ſuivante, & l'on ne voit pas que l'Auteur paſſe diſtinctement du premier membre de la diſtinction au dernier, ni qu'il traite en particulier de celui-ci.

(5) Voyez ci-deſſus, Liv. IV. Chap. XIII. §. 13. Je ne vois pas bien, au reſte, ce que fait ici cette période, qui n'a qu'une liaiſon aſſez éloignée avec le ſujet.

§. III. (1) *Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, ſi numerata ſit creditori. Sed & ſi juſſu ejus alii ſolvitur, vel creditori ejus, vel futuro debitori, vel etiam ei donaturus erat : abſolvi debet.* DIGEST. Lib XLVI. Tit. III. *De ſolutionibus*, &c. Leg. XLIX.

(2) Indebitum *eſt non tantùm quod omnino non debetur, ſed & quod alii debetur, ſi alii ſolvatur.* DIGEST. Lib. XII. Tit. VI. *De condictione indebiti*, Leg. LXV. §. 9.

(3) Ainſi on ne peut pas payer à un Pupille ſans le conſentement de ſon Tuteur. *Pupillo ſolvi ſine tutoris auctoritate non poteſt.* DIGEST. Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolut. & liberat.* Leg. XV. Les *Prodigues*, auſquels on avoit ôté l'adminiſtration de leurs biens, étoient mis au même rang.

§. IV. (1) Voyez la Loi citée ci-deſſus, ſur le Chap. VII. §. 1. *Note* 3. Ainſi celui qui doit de l'argent, ne peut point, ſi le Créancier ne l'agrée, lui donner en payement quelque dette. *Eum, à quo mutuam ſumſiſti pecuniam, in ſolutum nolentem ſuſcipere nomen debitoris tui, compelli juris ratio non permittit.* COD. Lib. VIII. Tit. XLIII. *De ſolutionibus & liberationibus*, Leg. XVI. Voyez ce qui a été dit ci-deſſus, Chap. VII. §. 3. *Note* 2. L'Auteur citoit ici la Loi XCIX. du DIGEST. *de ſolut. & liberationibus.* Mais voyez, ſur cette Loi, les *Obſervations* de Mr. DE BYNKERSHOEK, Lib. I. Cap. IX.

(2) A moins, diſent les Juriſconſultes Romains, qu'il n'y ait quelque ſujet de conteſter l'autre partie de la dette : car, en ce cas-là, le Juge peut & doit obliger le Créancier à recevoir ce que le Débiteur lui offre, ſans préjudice du reſte. *Quidam exiſtimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua perſequi : neque eum, qui fundum ſuum diceret, partem dumtaxat judicio perſequi. Sed in utraque cauſa humaniùs facturus videtur Prætor, ſi actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur : cùm ad officium ejus pertineat lites diminuere.* DIGEST. Lib. XII. Tit. I. *De rebus creditis*, &c. Leg. XXI. Voyez là-deſſus CUJAS, *Rec.* in JULIAN. Tome VI. Opp. *Edit. Fabrott.* page 355. & le Commentaire de Mr. NOODT, page 188. Du reſte, comme il importe pour l'ordinaire au Créancier d'être entierement ſatisfait, il n'eſt pas obligé de ſe contenter d'une partie du payement; à moins qu'on n'en ſoit autrement convenu. *Quia ſæpe & ſolutio & exactio partium, non minima incommoda habet.* DIGEST. Lib. X. Tit. II. *Famil. erciſcundæ*, Leg. III. Voyez *Lib.* XXII. Tit. I. *De Uſuris*, &c. Leg. XLI. §. 1. Lib. XX. Tit. I. *De pignor, & hypoth.* Leg. XIX. & VINNIUS ſur les INSTITUTES, Lib. III. Tit XXX. *princip.* num. 5. *& ſeqq.*

(3) *Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promiſit, ſolvere, invito ſtipulatore, poteſt.* DIGEST. Lib. XIII. Tit. IV. *De eo quod certo loco dari oportet*, Leg. IX.

(4) Le tems fait une partie du prix. Voyez ci-deſſus,

ſurtout ſi le Créancier a intérêt d'être payé en un certain tems & en un certain lieu. On n'eſt diſpenſé de cette exactitude à s'acquitter de ſes engagemens, que quand il y a eu depuis une nouvelle Convention, par laquelle on a ſubſtitué une autre choſe à la place de celle qui étoit dûë préciſément, ou fait quelque changement à l'égard du tems & du lieu; comme il arrive ſouvent que les Créanciers ſont obligez d'en venir là, lorſque l'impuiſſance ou la malice d'un Débiteur leur fait juger à propos de prendre quelque choſe, plûtôt que de ne tirer rien; de recevoir leur payement en un autre lieu qu'il n'avoit été ſtipulé, plûtôt que de ne le recevoir nulle part; de donner un délai, plûtôt que de n'être jamais payez. L'Equité demande même, que l'on donne du tems à un homme pour payer, ou pour executer (a) peu-à-peu & à diverſes repriſes ce à quoi il s'eſt engagé envers nous, lorſqu'il ſe trouve dans l'impoſſibilité de le faire ſur le champ, ou tout à la fois. Et le terme de payement s'entend toûjours (b) avec quelque étendue. Souvent auſſi, lorſqu'on eſt venu en Juſtice, les Juges ne trouvent point d'autre expédient que de condamner le Débiteur à quelque choſe d'équivalent à ce dont on étoit convenu.

(a) Voyez dans *Xenophon*, *De expedit. Cyr.* Lib. III. Cap. II. §. 7. *Edit. Oxon.* comment les *Athéniens* s'acquitterent d'un vœu qu'ils avoient fait à *Diane*.

(b) Voyez la Loi citée ci-deſſus, Liv. I. Chap. II. §. 10. Note 7.

Il eſt clair, au reſte, qu'il n'y a que le Créancier même, ou ceux à qui il en a donné ordre, qui puiſſent relâcher quelque choſe de la Dette, ou faire là-deſſus quelque tranſaction. Que ſi un Homme d'affaires ou un Commis du Débiteur s'accommode avec le Créancier, enſorte qu'il l'oblige à ſe contenter de moins qu'il ne lui étoit dû, ce ſera pour le profit du Maître, & non (5) pas pour celui du Commis: & ſi celui-ci, après avoir tranſigé avantageuſement gardoit pardevers ſoi ce qu'il a fait rabattre de la Dette, & mettoit en compte la ſomme totale, comme s'il l'eût payée effectivement, ce ſeroit un Larcin, ou un Péculat.

On tient auſſi pour un véritable payement, (6) lorſque le Créancier prend pour ſe ſatisfaire un Gage qu'il avoit entre les mains, pour la valeur de ſa Dette, ou qu'il l'aquiert en vertu d'une *clauſe commiſſoire*; ou lorſque, le Gage étant vendu, il reçoit & tient en compte au Débiteur l'argent qu'on en a tiré.

Que ſi un homme, ayant pluſieurs Dettes, en paye une partie, (7) on préſume que

Chap. I. §. 10. à la fin. On peut néanmoins payer avant le terme; tout le tems du délai étant d'ordinaire accordé au Debiteur pour ſon avantage, afin qu'il puiſſe s'acquitter ſans s'incommoder. *Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt: totum enim medium tempus ad ſolvendum promiſſori liberum relinqui intelligitur.* DIGEST. Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolut. & liber.* Leg. LXX. Voyez auſſi la Loi XCVIII. §. 4. & la Loi XXXVIII. §. 15. *De Verb. Obligat.* Mais quelquefois le terme eſt fixé en faveur du Créancier; & en ce cas-là il peut refuſer le payement. Voyez DIGEST. Lib. XLV. Tit. I. *De verb. oblig.* Leg. CXXII. & JACQUES GODEFROI, ſur la Loi XVII. du Titre *De Regg. Juris.*

(5) *Ex mandato, apud eum, qui mandatum ſuſcepit, nihil remanere oportet.* DIGEST. Lib. XVII. Tit. I. *Mandati, vel contra*, Leg. XX. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT, page 375.

(6) *Veluti ſi quis pignus pro debito vendiderit Creditori: evenit enim ut & ex vendito tollatur obligatio, & debiti.* DIG. Lib. XLVI. Tit. III. *De Solution.* &c. Leg. XLIV. Voyez auſſi *Leg.* XXVI. & ci-deſſus, *Chap.* X. §. 14. *Note.* 4.

(7) C'eſt-à-dire, que ſi, par exemple, de deux Dettes l'une étoit litigieuſe, & l'autre liquide, l'imputation ne devroit pas ſe faire ſur la premiere, mais ſur la derniere. De même le payement s'impute plûtôt ſur une Dette, qui n'étant pas acquittée attireroit quelque peine au Débiteur, ou une condamnation aux dommages & intérêts, ou qui pourroit intéreſſer ſon honneur, que ſur une autre dont il n'auroit pas à craindre de pareilles ſuites, plûtôt ſur une Dette ſous caution, que ſur une Dette ſans caution: plûtôt ſur ce que le Débiteur doit en ſon nom, que ſur ce qu'il doit comme Caution d'un autre: plûtôt ſur une Dette pour laquelle le Débiteur a donné quelque Gage ou quelque Hypotheque, que ſur une ſimple Promeſſe: plûtôt ſur une Dette dont le terme du payement eſt échu, que ſur une Dette dont le terme n'eſt pas encore arrivé; plûtôt ſur une Dette ancienne, que ſur une nouvelle: plûtôt ſur une Dette pure & ſimple, que ſur une Dette conditionnelle. *Quotiens quis debitor ex pluribus cauſis unum debitum ſolvit; eſt in arbitrio ſolventis dicere, quod potius debitum voluerit ſolutum, & quod dixerit, id erit ſolutum. Poſſumus enim certam legem dicere ei, quod ſolvimus. Quotiens verò non dicimus id quod ſolutum ſit; in arbitrio eſt accipientis, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id conſtituat ſolutum, in quod ipſe, ſi deberet, eſſet ſoluturus, id eſt, in id debitum, quod non eſt in controverſia, aut in illud quod

ce qu'il donne eſt en déduction des Dettes les plus gênantes & les plus onéreuſes. Mais c'eſt une maniere bien étrange de s'acquitter, que celle dont ſe ſervit autrefois *Vitellius* (c); car étant devenu Empereur, il voulut que ſes Créanciers lui rendiſſent ſes Billets d'obligation, comme étant ſuffiſamment payez *en ce qu'il leur donnoit la Vie, pour leur argent.*

(c) *Xiphilin.* Epit Dion. *ad ann.* 69.

De la *Compenſation.*

§. V. 2. Une autre maniere très-commune de s'acquitter, c'eſt la (1) *Compenſation*, ou l'acquit réciproque de deux perſonnes qui ſe trouvent Débiteurs l'un de l'autre d'une choſe de même valeur, & de même eſpece, enſorte que la Dette ſoit liquide de part & d'autre. Car une quantité égale à un autre eſt cenſée la même, ſurtout en matiere de choſes ſuſceptibles de remplacement; & les deux Débiteurs mutuels ſeroient obligez de rendre d'abord ce qu'ils auroient reçu l'un de l'autre. Pour éviter donc ce circuit inutile de pluſieurs payemens, le meilleur eſt que chacun retienne ce qu'il doit en compenſation de ce qui lui eſt dû (a). D'ailleurs, on ne peut guéres ſe faire payer ſans quelque peine & quelque embarras (2); & ce ſeroit une grande imprudence que de s'expoſer par un payement non-neceſſaire, aux délais que pourroit enſuite chercher l'autre Débiteur. Il ne ſauroit donc raiſonnablement refuſer la Compenſation, & il auroit mauvaiſe grace d'exiger qu'on lui donnât ce qu'il ſeroit obligé de rendre dans le moment. Or il eſt clair, que cette Compenſation n'a lieu qu'entre ceux qui ſont réciproquement Débiteurs & Creanciers l'un de l'autre. Deſorte que ſi un tiers me doit quelque choſe, je ne puis pas faire prendre la Dette en payement à mon Créancier, (3) ſans ſon conſentement; à moins qu'il n'y ait entre ce tiers & le Creancier, une communauté entiere de droits & d'obligations: car en ce cas-là, ſi l'un des Aſſociez me doit autant que je dois à l'autre, (4) je puis m'acquitter par compenſation, tous leurs biens joints enſemble n'étant regardez que comme un ſeul & même fonds. Et quand même il n'y auroit qu'une communauté particuliere, la Compenſation ne laiſſe pas d'être légitime, lorſque les Dettes réciproques viennent de la choſe commune; parcequ'à cet égard-là les deux ne font qu'un. Si je dois auſſi à l'Héritier de mon Débiteur autant que le Défunt me devoit, ou ſi au contraire le Créancier de celui dont je recueille la Succeſſion, me doit autant que le Défunt lui de-

(a) Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. VII. §. 2. & Liv. III. Chap. XIX. §. 15. *& ſeqq.*

*pro alio quis fidejuſſerat, aut cujus dies nondum venerat... Et magis quod meo nomine, quàm quod pro alio fidejuſſorio nomine debeo; & potius quod cum pœna, quàm quod ſine pœna debetur.... potior habebitur cauſa ejus pecuniæ, quæ ſub infamia debetur.... quæ ſub hypotheca, vel pignore contracta eſt... vetuſtior contractus ante ſolvetur.* Digest. Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolut. & liberat.* Leg. I. IV. XCVII.

§. V. (1) *Compenſatio, eſt debiti & crediti inter ſe contributio.* Digest. Lib. XVI. Tit. II. *De compenſationibus*, Leg. I. *Si cauſa, ex qua compenſatur, liquida ſit, & non multis ambagimus innodata, ſed poſſit judici facilem exitum ſui præſtare.* Cod. Lib. IV. Tit. XXXI. Leg. XIV. §. 1.

(2) *Unuſquiſque creditorem ſuum, eumdemque debitorem petentem ſummovet, ſi paratus eſt compenſare. Ideo compenſatio neceſſaria eſt, quia intereſt noſtra potius non ſolvere, quàm ſolutum repetere.* Digest. *ubi ſuprà*, Leg. II. III. *Dolo facit, qui petit quod redditurus eſt.* Lib. XLIV. Tit. IV. *De doli mali & metus exceptione*, Leg. VIII.

(3) Le Droit Romain pouſſe ſi loin ce principe, que, quand même en ce cas-là le tiers Créancier de celui qui ſomme ſon propre Débiteur de payer, conſentiroit de tenir quitte le premier en compenſation de la Dette du dernier; le Créancier de celui-ci n'eſt pas obligé de s'en contenter. *Creditor compenſare non cogitur, quod alii quàm debitori ſuo debet: quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compenſare.* Digest. *de compenſation.* Leg. XVIII. §. 1. Voyez auſſi *Leg.* XVI. *princip.* & Cod. Lib. IV. Tit. XXXI. *De compenſationibus*, Leg. IX. Cujas, *in Reſp. Papinian.* page 115. Tome IV. II. Part. & le Commentaire de Mr. Noodt, *page* 361. B. Cette déciſion ſent la ſubtilité outrée des principes du Droit Romain. Car, à en juger par la Raiſon toute ſeule, n'eſt-ce pas au fond la même choſe que ſi le tiers Créancier avoit cedé ſa Dette au Débiteur de l'autre? Et ſi celui même qui ne doit rien à une perſonne peut payer pour elle, & la liberer ainſi, ſoit qu'elle le veuille ou non, comme nous l'avons vû ci-deſſus, §. 1. *Note* 4. à plus forte raiſon celui qui eſt ſon Débiteur devroit-il être admis à faire une compenſation que le Débiteur de l'autre Créancier ſouhaite, & à laquelle chacun trouve également ſon compte.

(4) *Si duo rei promittendi ſocii non ſint: non proderit alteri, quod ſtipulator alteri reo pecuniam debet.* Digest. Lib. XLV. Tit. II. *De duobus reis conſtituendis*, Leg. II.

voit ; en l'un & l'autre cas, la (5) Compenſation a auſſi lieu. Mais lorſqu'un homme, de qui je ſuis Débiteur, doit une pareille ſomme à une autre, dont je fais les affaires, je ne puis pas l'obliger à compenſer ſa Dette avec la mienne, à moins que le Créancier ne m'ait cedé ſes droits (6). Car de ce que l'on eſt chargé des affaires de quelqu'un, il ne s'enſuit pas que l'on puiſſe regarder ſes biens comme nôtres, & en acquitter nos Dettes; d'autant plus que ſouvent il aimeroit mieux avoir affaire au Débiteur, qu'au Commiſſionnaire. Et par cela ſeul que l'on confie le ſoin de ſes affaires à une perſonne, on ne prend pas ſur ſoi toutes ſes obligations. Si, par exemple, *Jean* m'a donné ordre de lui faire payer ce que lui doit *Pierre*, dont je ſuis moi-même Débiteur ; ni *Pierre* ne ſauroit légitimement, ſans que *Jean* y conſente, prétendre s'acquitter par une compenſation de ce que je lui dois, à quoi *Jean* n'a aucune part; ni je ne puis pas moi, ſi *Jean* ne l'agrée, me conſtituer ſon Débiteur en la place de *Pierre.* Il n'eſt pas non-plus permis au Débiteur d'un Pupille de compenſer ſa Dette avec ce que lui doit le Tuteur, (7) ni à celui-ci de s'acquitter par une telle compenſation. Mais on a raiſon de ſoûtenir, que ſi une Caution eſt recherchée pour le payement de ce dont elle a répondu, (8) elle peut faire compenſation non ſeulement de ce que le Créancier lui doit, mais encore de ce qu'il doit au Débiteur principal, quand même celui-ci ou n'en ſauroit rien, ou n'y conſentiroit pas. En effet, ſi le Débiteur principal eût payé lui-même, le Créancier étoit tenu d'accepter la Compenſation : pourquoi donc la Caution ne s'en prévaudroit-elle pas ? Et il faudroit que le Débiteur fût bien malhonnête homme, pour ne pas vouloir que la Caution ſe diſpenſât par-là d'un payement, dont il ſeroit obligé de la rembourſer, (9) ſi elle l'avoit fait actuellement.

En quelles choſes a lieu la Compenſation ?

§. VI. La Compenſation a lieu régulierement en matiere de choſes ſuſceptibles de remplacement, qui ſe trouvent de même (1) ſorte ; bien entendu d'ailleurs que le ter-

(5) Cela a lieu, quelle que ſoit la Dette de l'Héritier, & d'où qu'elle vienne. En general, il ſe fait compenſation, ſelon le Droit Naturel, toutes les fois que le D biteur ou le Créancier ſuccedent aux droits ou aux obligations d'un tiers, Créancier où Débiteur de celui qui eſt tel par rapport à eux.

(6) Car alors il eſt *Procurator in rem ſuam*, comme parlent les Juriſconſultes Romains. *In rem ſuam procurator datus, poſt litis conteſtationem, ſi vice mutua conveniatur, æquitate compenſationis utetur.* DIGEST. Lib. XVI. Tit. II. *De compenſat.* Leg. XVIII.

(7) *Id quod Pupillorum nomine debetur, ſi Tutor petat, non poſſe compenſationem objici ejus pecuniæ, quam ipſe Tutor ſuo nomine adverſario debet.* DIGEST. *ibid.* Leg. XXIII.

(8) *Si quid à fidejuſſ re petatur, æquiſſimum eſt eligere fidejuſſorem, quod ipſi, an quod reo debetur, compenſare malit : ſed &, ſi utrumque compenſare velit, audiendus eſt.* Ibid. Leg. IV Voyez la Loi precedente. Outre ces cas où il ſe fait une réunion des obligations de differentes perſonnes, le Droit Romain autoriſe auſſi la Compe ſation, à cauſe que deux perſonnes ſont regardées comme une ſeule. C'eſt ainſi qu'un Pere eſt tenu de compenſer avec ce qu'on lui doit, la Dette de ſon Fils encore ſous puiſſance, du moins juſqu'à la concurrence de la valeur du *Pécule* qu'il lui a confié ; & le Fils peut auſſi compenſer ce qu'il doit avec ce qui eſt dû à ſon Pere, en donnant caution que celui-ci n'exigera plus rien de la valeur compenſée : *Si cum Filiofamilias aut Servo contracta ſit ſocietas, & agat Dominus vel Pater ; ſolidum per compenſationem ſervamus : quamvis, ſi ageremus, dumtaxat de peculio præſtaretur. Sed ſi cum filiofamilias agatur, an quæ patri debeantur, filius compenſare poſſit, quæritur? Et magis eſt admittendum : quia unus contractus eſt : Sed cum conditione ut caveat, Patrem ſuum ratum habiturum, id eſt, non exacturum, quod id compenſaverit.* Ibid. Leg. IX. Voyez, ſur tout ceci, le Commentaire de Mr. Noodt, *page* 361, 362.

(9) *Dolo facit, qui petit, quod redditurus eſt.* DIGEST. Lib. L. Tit. XVII. *De div. regg. Jur.* Leg. LLXXIII. §. 3.

§ VI. (1) En effet quand les choſes ne ſont pas de même ſorte, celui qui voudroit compenſer la Dette, payeroit autre choſe que ce qu'il doit, contre ce qui a été établi dans le paragraphe précédent. Voyez la Loi citée ci-deſſus, *Chap.* VII. §. 6. *Note* 2. De-plus, ſi l'on prétendoit compenſer une choſe en eſpece malgré celui à qui on la doit, ce ſeroit le contraindre en quelque façon à vendre ſon bien; ce qui eſt contraire à la liberté que chacun a. C'eſt ce que remarque très-bien Mr. Noodt, dans ſon Commentaire, *page* 361. & avant lui Hugues Donel, ſur le Titre *de Actionibus*, §. 30. *page* 391. Mais il n'eſt pas néceſſaire que la quantité des Dettes réciproques ſoit égale : il ſuffit que, quand il y a de l'inégalité, la Compenſation de la plus groſſe Dette ne ſe faſſe que juſqu'à la concurrence de la moindre : *Si conſtat pecuniam invicem deberi, ipſo jure pro ſoluto compenſationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejuſque ſolius, quod amplius*

me du payement ſoit (2) échu. Ainſi on ne peut pas compenſer un Boiſſeau de Blé avec un Boiſſeau d'Avoine; ni une Bouteille de Vin de *Rhein* avec une Bouteille de Vin d'*Eſpagne;* ni un Cheval avec un Bœuf; ni une Brebis avec une Oye; ni un Cheval d'une beauté extraordinaire, comme le *Bucéphale*, avec tout autre Cheval, ou avec une Bouteille d'Huile. Les Interprêtes du Droit Romain admettent néanmoins la Compenſation, lorſque de part & d'autre on doit en general une choſe de même eſpece & de même qualité: par exemple, ſi j'ai promis un Cheval en general à une perſonne devenuë Héritier d'un Teſtateur qui m'a legué auſſi un Cheval, ſans parler de tel ou tel Cheval en particulier; nous voilà quittes. Il arrive même quelquefois, que des choſes de différente nature ſont eſtimées à prix d'argent, du conſentement des Débiteurs réciproques, qui compenſent enſuite l'un avec l'autre par leur valeur. Souvent auſſi, en matiere de Dettes reſpectives, l'Obligation n'eſt pas tant anéantie, que ſuſpendue par un droit de *Rétention* (3) en vertu duquel on garde ce que l'on doit à quelqu'un, juſqu'à ce qu'il ſe ſoit acquitté de ce qu'il nous doit lui-même. Mais pour les actions auſquelles on s'eſt engagé, on ne peut les compenſer, lorſque le tems de l'execution approche, ni avec ce que l'autre Débiteur a promis de faire de ſon côté, ni avec ce qu'il doit nous donner: autrement le Contract deviendroit entierement inutile (4). Et ſi quelquefois on ſe tient quittes réciproquement de ce que l'on ſe devoit donner, ou faire l'un pour l'autre, c'eſt le conſentement mutuel des Parties qui anéantit alors l'Obligation: de même que quand on eſt diſpenſé d'accomplir ce à quoi l'on s'étoit engagé envers quelqu'un qui n'a pas executé ce qu'il avoit promis de faire auparavant en nôtre faveur, ce n'eſt point par droit de Compenſation, mais à cauſe du défaut de la condition, d'où dépendoit l'effet de l'engagement. Que ſi l'on a manqué de faire en ſon tems ce à quoi l'on s'étoit engagé, & dont on n'a point été tenu quitte; il eſt clair que l'action pouvant être eſtimée ſur le pié de ce qu'elle auroit valu, ſi elle eût eu ſon effet, la Compenſation alors doit avoir lieu à l'acquit de celui qui eſt fruſtré de ſon attente. Rien n'empêche non-plus de compenſer ce que l'on doit à quelqu'un avec un dommage équivalent qu'il nous a cauſé, ou avec une amende pécuniaire de même valeur, à laquelle il a été condamné envers nous & à nôtre profit, pour quelque tort ou quelque injure qu'on avoit reçu de lui. GROTIUS (a) remarque auſſi avec raiſon, que ſi deux perſonnes qui plaident enſemble, traitent ſur quelque autre choſe pendant le cours du procès, aucune des Parties ne peut prétendre compenſer ce qu'elle a promis par cette Conven-

(a) *Liv. III. Chap.* XIX. §. 19. *num.* 1.

*apud alterum eſt, uſuræ debentur, ſi modo petitio earum ſubſiſtit.* COD. Lib. IV. Tit. XXXI. *De compenſationibus*, Leg. IV.

(2) *Quod in diem debetur, non compenſabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.* DIGEST. Lib. XVI. Tit. II. *De compenſat.* Leg. VII. Ces dernieres paroles, *quamquam dari oporteat*, vont au-devant d'une objection qui n'eſt fondée que ſur les principes ſubtils du Droit Romain. Car les Juriſconſultes diſoient, qu'encore qu'on ne ſe fût engagé de payer que dans un certain tems, l'obligation étoit pleine & entiere dès le moment du Contract; enſorte que ſi par erreur on avoit payé avant le terme, on ne pouvoit pas ſe faire rendre ce qu'on avoit donné. Voyez le Commentaire de Mr. NOODT, pag. 357.

(3) Ce terme eſt emprunté du Droit Romain, qui autoriſe la Rétention en pluſieurs cas, où les choſes dûës de part & d'autre ne ſont pas de même ſorte. Voyez CUJAS, *Obſerv.* VIII, 2. XV, 12. XVIII, 10. VINNIUS, ſur les INSTITUTES, Lib. IV. Tit. VI. *De actionibus*, §. 37. & les *Probabilia Juris* de Monſieur NOODT, Lib. III. Cap. IX.

(4) Car les Actions ne ſont pas de leur nature ſuſceptibles de remplacement, comme les Choſes: on ne peut pas les réduire à une eſtimation reſpective, enſorte que ce ſoit tout un à une perſonne qu'on faſſe ce qu'on lui a promis, ou qu'on ne le faſſe pas, pourvû qu'elle ſoit diſpenſée de faire ou de donner ce qu'elle a promis à ſon tour; de même qu'il eſt indifférent de recevoir ou la choſe même qui eſt dûë, ou une autre équivalente de même ſorte. Ainſi lorſque quelqu'un s'eſt engagé à faire quelque choſe en notre faveur, on ne pourroit jamais compter ſur rien, puiſqu'il ne tiendroit qu'à lui d'éluder toûjours l'execution de ſes engagemens, ſous prétexte d'une compenſation avec ceux où l'on eſt d'ailleurs envers lui, & dont il nous tiendroit quittes.

tion, avec la choſe même ſurquoi elles ſont en conteſtation, ou avec les dépens, dommages & intérêts du procès. Par exemple, ſi je ſuis en procès avec une homme au ſujet d'une Hérédité, & que pendant cela je lui vende une Maiſon; il ſeroit très-mal fondé à vouloir déduire ſur le payement du prix convenu, la valeur de la Succeſſion, ou les frais qu'il fait pour la demander, puiſqu'on n'a pas encore décidé ſi la Succeſſion lui appartient plûtôt qu'à moi. La nature même de l'affaire montre aſſez, qu'en traitant de la vente de cette maiſon, on a mis à quartier toutes les prétenſions qui ſe rapportent au procès: autrement l'accord ne ſeroit qu'un jeu d'Enfant.

(b) Voyez *Seneque*, dans ſon Traité *des Bienfaits*, Lib. VI. Cap. IV. *& ſeqq.* & *Epiſt.* LXXXI.

Il y a une autre ſorte de Compenſation, en matiere de Bienfaits (b), par laquelle on eſt diſpenſé des devoirs de la Reconnoiſſance envers un Bienfaicteur, de qui l'on a depuis reçu quelque injure. Il ſe fait auſſi compenſation d'injures, (5) lorſque de part & d'autre on en a également fait & reçu; ſauf néanmoins toûjours le droit du Souverain ou du Magiſtrat.

On eſt déchargé d'une Dette, lorſque le Créancier nous en *tient quittes*.

§. VII. 3. On eſt encore déchargé d'une Obligation, lorſque celui envers qui l'on s'étoit engagé, & qui a intérêt qu'on effectue ſes engagemens, veut bien nous en *tenir quittes*. En effet rien n'eſt plus certain que la maxime commune, qui porte, que chacun peut renoncer à ſon droit. Or quand une perſonne me tient quitte de ce que je lui devois, elle eſt cenſée me remettre le droit que je lui avois transferé en m'engageant. Et comme il n'y a point d'engagement, tant que celui à qui l'on fait quelques offres ne les a point encore acceptées: on devient auſſi entierement libre, du moment que celui envers qui on s'étoit engagé à quelque choſe, nous en décharge lui-même. Bien entendu néanmoins, qu'un tiers ne ſe trouve point intéreſſé à l'execution des engagemens où l'on eſt entré: car alors celui-là même envers qui l'on eſt immédiatement obligé, ne peut pas nous en tenir quittes ſans le conſentement de l'autre. Or on tient quitte quelqu'un ou expreſſément, ou tacitement. Le premier a lieu, par le Droit Romain, dans (1) l'*Acceptilation*, qui conſiſtoit à déclarer que l'on avoit reçu ce que le Créancier n'avoit point effectivement payé; comme auſſi dans la (2) *Stipulation Aquilienne*, par laquelle on réduiſoit toute ſorte d'O-

(5) *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.* DIGEST. Lib. IV. Tit. III. *De dolo malo*, Leg. XXXVI. *Viro atque uxore mores invicem accuſantibus*, Cauſam repudii dediſſe utrumque, *pronunciatum eſt. Id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo conſumpſerint, neuter vindicaretur: paria enim delicta mutua penſatione diſſolvuntur.* DIGEST. Lib. XXIV. Tit. III. *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, Leg. XXXIX. Il paroit par la premiere Loi, que ſi dans un troc, par exemple, j'ai donné un cheval louche, & que l'autre m'en ait donné un boiteux, nous voilà quittes. De même ſi un homme en a volé un autre, & que celui ci l'ait volé à ſon tour, ils ne peuvent ſe rien demander l'un à l'autre; bien entendu que les choſes volées ſoient d'égale valeur. *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex cauſa furtiva, ceterorumque maleficiorum, ſi de ea pecuniariè agitur, compenſatio locum habet.* DIGEST. Lib. XVI. *De compenſat.* Leg. X. §. 2. L'autre Loi porte, que ſi un Mari voulant répudier ſa Femme à cauſe de ſa mauvaiſe conduite, eſt accuſé par elle, & convaincu des mêmes fautes, ou d'auſſi contraires à la Foi conjugale, que celles qu'il lui reproche; ni l'un ni l'autre ne peut prétendre aux avantages de la diſſolution du Mariage. Voyez les Fragmens d'ULPIEN, Tit. VI. §. 12, 13. & là-deſſus les Commentateurs. Cela eſt très-juſte; quoique s'il s'agit d'un Adultere commis de part & d'autre, le crime de la Femme fourniſſe un plus légitime ſujet de ſéparation. Voyez le Chap. I. du Livre ſuivant. Mais il n'en eſt pas de même de la peine portée par les Loix, que de l'intérêt pécuniaire des Parties. Lorſque deux perſonnes ont commis un crime égal l'une envers l'autre, le Magiſtrat ne laiſſe pas pour cela d'avoir droit de les punir toutes deux. Voyez DIGEST. Lib. XLVIII. Tit. V. *Ad Legem Juliam de adulteriis coërcendis*, Leg. II. §. 4. & XIII. §. 5. Lib. XXXIX. Tit. IV. *De Publicanis*, Leg. IX. §. 5.

§. VII. (1) Elle ſe faiſoit avec certaines formalitez; & elle étoit purement de Droit Civil: *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Eſt autem acceptilatio, imaginaria ſolutio. Quod enim ex verborum obligatione* Titio *debetur, ſi id velit* Titius *remittere, poterit ſic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere:* QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? *Et* Titius *reſpondeat*, HABEO. *Inſtitut.* Lib. III. Tit. XXX. §. 1. Avec le tems néanmoins on l'a réduiſit à-peu-près aux termes de la ſimplicité du Droit des Gens. Voyez DIGEST. Lib. XLVI. Tit. IV. *De Acceptilationib.* Leg. VIII. §. 4. & le Traité de Mr. NOODT, *De Pactis & Transact.* Cap. VIII.

(2) *Eſt autem prodita ſtipulatio, quæ vulgo* Aquiliana *adpellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obliga-*

bligations à une Stipulation dans les formes, après quoi l'on en déchargeoit par voye d'Acceptilation. Mais tous ces détours ſubtils ne ſont point fondez ſur la ſimplicité du Droit Naturel, ſelon lequel le ſeul conſentement de celui à qui il eſt dû quelque choſe, duëment notifié, ſuffit pour éteindre toute ſorte d'Obligation, de quelque maniere qu'elle ait été (3) contractée. Lorſqu'un Créancier le ſçachant & le voulant bien, (4) remet entre les mains de ſon Débiteur, non en dépôt, ni pour autre pareille cauſe, les Billets d'obligation ou autres actes néceſſaires pour vérifier une Dette devant les Tribunaux Humains; c'eſt encore une marque évidente, qu'il le tient quitte. Mais s'il y a d'autres papiers, qui puiſſent également ſervir à prouver la Dette, (5) elle n'eſt pas cenſée remiſe pour un ſeul que le Créancier a rendu au Débiteur. Pour ce que diſent les Loix Romaines, que quand un Créancier rend le Billet d'obligation à ſon Débiteur, il ſe forme entr'eux une Convention tacite, par laquelle le premier s'engage à ne rien demander à l'autre; c'eſt encore une vaine ſubtilité qui n'a aucun fondement dans le Droit Naturel: car naturellement toute Obligation, ſans en excepter celles qui ſe contractent par la choſe même, peut être anéantie non ſeulement par une execution réelle & effective de ce à quoi l'on s'étoit engagé, mais encore par un ſimple conſentement (6) de celui qui ayant droit de nous y obliger, déclare qu'il nous en tient quitte. Cette décharge ſe fait *tacitement*, lorſque celui envers qui l'on eſt engagé à quelque choſe, empêche lui-même de l'executer, ou eſt cauſe du moins qu'on ne peut le faire. Si en ſtipulant une choſe de quelqu'un, on eſt convenu qu'on l'avertiroit quand il ſeroit tems de ſe mettre en devoir de l'effectuer; le ſilence ſuffit pour faire préſumer qu'on renonce au droit d'exiger l'effet de ce qu'il

*tio in ſtipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim* Aquiliana *renovat omnes obligationes.* Ibid. §. 2.

(3) Au lieu que les Juriſconſultes Romains prétendoient qu'il y avoit ici de la différence entre les *Contracts Réels*, les *Contracts de ſimple conſentement*, les *Contracts par écrit*, & les *Contracts Verbaux* ou *ſtipulation*; (Voyez ci-deſſus, Chap. III. §. 6.) n'y ayant ſelon eux que les derniers, à l'égard deſquels l'Acceptilation puiſſe avoir lieu, comme il paroît par le paragraphe des INSTITUTES, qui vient d'être cité dans la *Note* 1. & où il eſt dit: *Quo genere, ut diximus, tantùm ea ſolvuntur obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cetera.*

(4). Voyez la Loi du DIGESTE, citée ci-deſſus, Liv. III. Chap. VI. §. 2. *Note* 7.

(5) Pluſieurs habiles Juriſconſultes ſont d'un autre ſentiment, & cela avec raiſon, ſelon Mr. HERTIUS, & Mr. GUNDLING, *Via ad Verit.* Cap. XXII. §. 101. Car, dit-on, il eſt raiſonnable de tirer des conſéquences de ce qui a été fait plûtôt que de ce qui n'a pas été fait; & comme on préſume que toute perſonne ſage ne fait rien qui ne doive avoir quelque effet, & qu'on ne voit pas ici quelle autre vûë pourroit ſe propoſer celui qui rend un Billet d'obligation; lorſqu'il y a des preuves certaines que le Billet a été effectivement rendu, on à tout lieu de croire que le Créancier a bien voulu remettre la Dette, tant que le contraire ne paroît pas manifeſtement. Mais à cette préſomption on peut en oppoſer une autre bien forte, c'eſt que les Hommes ne donnent pas aiſément. Et à moins que le Créancier n'eût oublié qu'il avoit deux Billets de la même Dette, ou ne l'ignorât même (ce qui peut arriver lorſqu'il eſt Héritier de celui qui avoit prêté l'argent) ou n'eût perdu l'autre Billet, qui peut ſe trouver dans la ſuite: je ne vois pas pourquoi il voudroit garder un Billet qui lui fournit un auſſi bon titre de demander la Dette, ou pourquoi le Débiteur, qui le ſçait, ne ſe le feroit pas rendre, ou n'exigeroit pas du Créancier, s'il ne l'a pas pour l'heure ſous ſa main, une promeſſe expreſſe de ne pas s'en prévaloir, au cas qu'il vînt à ſe repentir avant que de l'avoir rendu. Ainſi, à moins que l'intention de remettre la Dette ne paroiſſe par les circonſtances, il me ſemble que, dans le cas dont il s'agit, on doit préſumer que le Créancier n'a fait que rendre un Acte qui ne lui ſervoit de rien. Mr. HERTIUS ſuppoſe ce qui eſt en queſtion, lorſqu'il dit qu'un Homme ſage eſt cenſé ne rien faire en vain. Car il s'agit ici préciſément de ſçavoir ſi le Créancier a prétendu, en rendant le Billet, que cela eût quelque effet de droit par rapport à l'obligation du Débiteur, dont il eſt une preuve ſuperfluë.

(6) Effectivement l'*Obligation* ne ſauroit ſubſiſter, du moment que celui qui en étoit l'objet, renonce au *droit* qu'il avoit acquis par-là. Et il n'eſt nul beſoin ici du conſentement de celui qui s'étoit engagé: car, quand même il refuſeroit la bonne volonté de l'autre, qui le tient quitte; celui-ci ne pouvant être tenu de conſerver ſon droit malgré lui, du moment qu'il y a renoncé, & qu'il l'a ainſi abandonné, comme on le ſuppoſe; il s'évanouit entierement, & par conſéquent l'Obligation qui y répondoit. Autre choſe ſeroit, s'il témoignoit ne vouloir s'en défaire, qu'au cas que l'autre acceptât la rénonciation: ce qui n'arrive pas ordinairement. Ainſi c'eſt en vain que Mr. CARMICHAEL (*Note in Lib. I. De Offic. Hom. & Civ.* Cap. XVI. §. 3.) tire un argument de ce qui eſt néceſſaire pour contracter l'Obligation, à ce qui eſt néceſſaire pour l'éteindre.

avoit promis. La même choſe a lieu, lorſque l'on fait faire par une autre ce à quoi quelqu'un s'étoit engagé en nôtre faveur.

En quels cas on peut *ſe dédire d'un commun conſentement ?*

§. VIII. 4. Les Obligations, dont on eſt dégagé de la maniere dont je viens de parler, ſont ſurtout celles qui viennent de quelque Contract obligatoire d'une part ſeulement. Mais celles qui répondent à une Obligation réciproque de l'autre Contractant, ſe réſolvent ordinairement par un *dédit mutuel des Parties* (1), lorſqu'il n'y a encore rien d'executé de part ni d'autre. En effet, le conſentement mutuel ſuffiſant pour contracter une Obligation, il eſt très-naturel qu'un dédit mutuel ſuffiſe auſſi pour ſe dégager; à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelque choſe qui ne le permette pas. Je dis, *à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelque choſe qui ne le permette pas*: car il eſt hors de doute, que les Loix Poſitives peuvent défendre, en matiere de certaines ſortes de Conventions, (2) de rompre les engagemens où l'on eſt une fois entré, lors même qu'ils n'ont été ſuivis d'aucune execution. Mais ſi la choſe n'eſt plus en ſon entier, & que l'un des Contractans ait déja effectué ou en tout, ou en partie, ce à quoi il s'étoit engagé; il ne ſuffit pas alors d'un ſimple dédit (3): mais ſuppoſé que l'engagement ne ſoit pas d'ailleurs indiſſoluble, il faut ou que celui qui a déja executé quelque choſe, tienne quitte l'autre de ce qu'il devoit faire à ſon tour; ou que celui-ci le dédommage d'une maniere ou d'autre.

*L'infidélité de l'un des Contractans* degage l'autre de ſon Obligation.

(a) Voyez *Grotius* Liv. III. Ch. XIX. §. 14. *num.* 2. & Chap. XXI. §. 11. & ce que l'Auteur a dit ci-deſſus, Liv. III. Chap. VIII. §. 8.

§. IX. 5. Lorsque l'un des Contractans ne tient pas ſa parole, cette *infidelité* dégage l'autre de la ſienne, & anéantit, ou plûtôt rompt l'engagement, enſorte que l'autre Patrie n'eſt plus obligée d'executer ce qu'elle avoit promis à ſon tour (a). En effet, tout Contractant donne ſa parole non pas abſolument & ſans intérêt, mais en vûë de ce à quoi l'autre s'engage de ſon côté. Deſorte que leurs engagemens reſpectifs ſont renfermez l'un dans l'autre, en forme de condition tacite; comme ſi l'on avoit dit formellement: *Je ferai ceci ou cela, pourvû que de vôtre côté vous faſſiez telle ou telle choſe*. Or il eſt clair que tout ce qui eſt fondé ſur une condition tombe de lui-même du moment que la condition ne ſe vérifie pas (1). Et ici la maxime a lieu

§. VIII. (1) *Ea obligationes, quæ conſenſu contrahuntur, contrariâ voluntate diſſolvuntur. Nam ſi* Titius *&* Seius *inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanum emptum* Seius *haberet centum aureis; deinde re nondum ſecutâ, id eſt, neque pretio ſoluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos ut diſcederetur ab ea emptione & venditione: invicem liberantur.* Institut. *ubi ſuprà*, §. 4.

(2) En matiere de Mariage, par exemple, quoiqu'il ne ſoit pas encore conſommé: ce qui a été introduit dans la Pratique, en conſéquence des fauſſes idées des *Peres de l'Egliſe*, & des *Scholaſtiques*. Voyez le *Jus Eccleſiaſticum Proteſtantium* de Mr. Bohmer, Lib. IV. Cap. I. §. 15, *& ſeqq.*

(3) Comme ſi dans un Contract de Vente, l'Acheteur a déja payé la Marchandiſe, ſans l'avoir reçuë, ou que le Vendeur au contraire l'ait délivrée, ſans avoir touché l'argent. *Sed non poterimus eadem ratione uti poſt pretium ſolutum emptione repetita, cùm poſt pretium ſolutum infectam emptionem facere non poſſumus.* Digest. Lib. XVIII. Tit. V. *De reſcindenda venditione*, &c. Leg. II. *Ab emptione, venditione, locatione, conductione, ceteriſque ſimilibus obligationibus, quin integris omnibus conſenſu eorum, qui inter ſe obligati ſint, recedi poſſit, dubium non eſt.* Aristoni *hoc amplius videbatur, ſi ea, quæ me ex empto tibi præſtare oporteret, præſtitiſſem, & cùm tu mihi pretium deberes, conveniſſet mihi tecum*, ut rurſus præſtitis [ mihi ] à te in re vendita omnibus quæ ego tibi præſtitiſſem, pretium mihi non dares, *tuque mihi [ ea ] præſtitiſſes: pretium te debere deſinere: quia bonæ fidei, ad quam omnia hæc rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quidquam intereſt, utrum integris omnibus, in quæ obligati eſſemus, conveniret*, ut ab eo negotio diſcederetur; *an in integrum reſtitutis his, quæ ego tibi præſtitiſſem, conſentiremus*, ne quid tu mihi eo nomine præſtares. *Lib.* II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. LVIII. Voyez ſur cette Loi, & ſur les ſubtilitez du Droit Romain, qu'elle ſuppoſe, le Traité de Mr. Noodt, *De Pactis*, &c. Cap. XI.

§. IX. (1) Un Ancien Roi des *Indes*, après qu'un autre Roi, avec qui il étoit allié, lui eût enlevé ſa Femme, contre tout Droit & raiſon; *ne voulut pas pour cela rompre avec lui, diſant que le lien de ſon ferment étoit ſi fort & ſi ſacré, qu'il ne lui permettoit pas de faire aucun mal à ce Prince, même après un outrage ſi ſanglant.* Philostrat. *de Vita Appollonii Tyanæi*, Lib. III. Cap. XX. *Edit. Olear.* 1709. Si ce n'eſt pas là un conte fait à plaiſir, ajoûtoit nôtre Auteur, le ſcrupule de ce ſage Indien étoit pouſſé un peu trop loin, & rien ne l'obligeoit à en uſer ſi généreuſement envers ſon perfide Allié. Thucydide dit très-bien, qu'*il n'y a point de perfidie à repouſſer les injures, & que ceux là ſeuls violent le Traité, qui les premiers commettent quelque acte d'hoſtilité contre leurs Aliez.*

Αὐτοὶ

(2) lorſque l'inexecution eſt de la part de celui qui devoit tenir ſa parole le premier, ou du moins en même tems que l'autre (3). Car pour ce qui regarde les cas où l'on craint ſeulement que ſi l'on effectue ſes engagemens, l'autre ne manque enſuite aux ſiens, nous en avons traité ailleurs (b) en ſon lieu. Mais que dirons-nous des Contracts rompus ſeulement avant l'execution pleine & entiere ? Ici il faut diſtinguer les cas; car ſi l'un des Contractans ayant pleinement effectué tout ce qu'il devoit faire le premier, l'autre refuſe enſuite de tenir ſes engagemens, le premier peut mettre en uſage toute ſorte de voyes licites, pour l'y contraindre. Mais ſi après avoir fait quelque choſe, on ne veut point achever, l'autre Contractant n'eſt nullement obligé de nous tenir compte de cette execution imparfaite, ni de nous rendre ce qu'il a reçu de nous, ou la valeur. En vain allegueroit-on la maxime commune, que nul ne doit profiter aux dépens d'autrui; car on n'a point d'égard au dommage que quelqu'un s'eſt attiré par ſa propre faute. Et toutes les fois qu'il n'a tenu qu'à la perſonne intéreſſée qu'on fît ce à quoi l'on s'étoit engagé en ſa faveur, c'eſt tout de même que ſi on l'avoit accompli actuellement. Si, par exemple, (4) j'ai payé d'avance un homme que j'avois loué pour un an, & qu'au bout de deux ou trois mois je le chaſſe, ſans qu'il l'ait mérité : je ne puis pas l'obliger à me rendre ce à quoi ſe montent ſes gages pour le reſte de l'année. Bien-plus, quand même on viendroit à ſe repentir enſuite d'avoir violé ſes engagemens, & qu'on offriroit de les continuer, l'autre Contractant n'eſt point tenu d'accepter la propoſition; parceque nôtre infidelité une fois ſuffiſamment déclarée l'a entierement dégagé de toute Obligation envers nous, deſorte que le Contract ne ſauroit être rétabli que par une nouvelle Convention. Que ſi de part & d'autre on a également executé une partie de ſes engagemens, aucun des deux ne pourra rompre le Contract avant le terme dont on eſt convenu; mais celui qui refuſe d'achever l'execution, pourra y être contraint par l'autre, ou bien il ſera tenu envers lui des dommages & intérêts.

(b) Liv. III. Chap. VI. §. 9.

§. X. 6. Les engagemens, qui étoient (1) uniquement fondez ſur un certain *état des perſonnes*, s'évanouïſſent *dès le moment que cet état ne ſubſiſte plus*, ſoit par rapport à la perſonne même engagée, ſoit par rapport à celui envers qui elle étoit engagée (2). Ainſi un Magiſtrat, qui a promis ſolemnellement de proteger & de défen-

Les engagemens finiſſent par le *changement de l'état ou de la condition*, ſur quoi ils étoient fondez.

Λύουσι δὲ [σπονδὰς] οὐχ οἱ ἀμυνόμενοι, ἀλλ' οἱ πρότεροι ἐπιόντες. Lib. I. Cap. CXXIII. Edit. Oxon.

(2) *Fruſtra ſibi fidem quis poſtulat ab eo ſervari, cui fidem à ſe praſtitam ſervare recuſat.* Decretal. Lib. VI. Tit. ult. *De regulis Juris*, Leg. LXXV. On ſçait la maxime commune : *Fidem frangenti fides frangatur eidem.*

(3) Il faut ajoûter ici, que l'engagement n'eſt rompu qu'en faveur de celui à qui on manque de parole : car perſonne ne peut ſe dégager par ſa perfidie. Si donc la choſe eſt encore poſſible, & que l'on croye trouvér ſon compte à l'execution faite même après le tems convenu, on peut y contraindre le Contractant infidéle ſans préjudice du dédommagement auquel il eſt tenu pour l'infraction de ſes engagemens. Voyez Grotius, *Liv.* III. *Chap.* XX. §. 38. & ce que l'on a dit ci-deſſus, *Liv.* III. *Chap.* VI. §. 8. *Note* 5.

(4) *Qui operas ſuas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, ſi per eum non ſtetit, quominus operas praſtet.* Digest. Lib. XIX. Tit. II. *Locati, conducti*, Leg. XXXVIII. *princ.* Voyez auſſi Leg. XIX. §. 9, 10.

§. X. (1) Voyez le Chapitre ſuivant, §. XX. à la fin. Mr. Hertius cite ici une Loi, où il eſt dit, que ſi l'on a fait promettre à quelqu'un de donner tant ou à ſoi ou à un autre, & que cet autre vienne à être adopté, ou banni, ou réduit en eſclavage, ou à changer d'état en quelque autre maniere, la ſtipulation eſt nulle par rapport à lui, parcequ'elle renfermoit cette condition tacite, qu'il demeurât dans le même état. *Cùm quis ſibi aut Titio dari ſtipulatus ſit : magis eſſe ait, ut ita demum rectè Titio ſolvi dicendum ſit, ſi in eodem ſtatu maneat, quo fuit cùm ſtipulatio interponeretur. Ceterum ſive in adoptionem, ſive in exſilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel ſervus factus ſit : non rectè ei ſolvi dicendum. Tacitè enim ineſſe hac conventio ſtipulationi videtur, ſi in eadem cauſa maneat.* Digest. Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolut. & liberat.* Leg. XXXVIII. *princ.* Mais ce changement d'état n'a aucune liaiſon avec une telle promeſſe, qu'en vertu des ſubtilitez du Droit Civil.

(2) Ainſi un Commis, après ſa Commiſſion finie, n'eſt plus tenu de ce à quoi il s'étoit engagé pour celui dont il faiſoit les affaires. Il en eſt de même d'un Tuteur, à l'égard des affaires de ſon Pupille. Voyez Digest. Lib. XIV. Tit. III. *De inſtitoria actione*, Leg.

dre les Citoyens, n'y eſt plus obligé, lorſqu'il eſt ſorti de charge. De-même, un Citoyen qui a promis d'obéïr au Magiſtrat, n'y eſt plus tenu lorſqu'il devient Membre d'un autre Etat, ou que ce Magiſtrat eſt dépouillé de ſon caractere. Mais pour ce qui regarde les changemens qui auroient empêché qu'on ne s'engageât ſi les choſes euſſent été alors telles qu'on les a trouvées depuis, & qui même pour l'heure ne conviennent guéres bien à nôtre ſituation préſente; ils ne ſuffiſent pas pour nous décharger de nos engagemens, pourvû qu'ils ne nous rendent pas entierement incapables de nous en acquitter (3). Car, à moins que de telles circonſtances n'ayent été inſérées dans le Contract comme autant de conditions qui devoient l'annuller, elles laiſſent ſubſiſter dans toute ſa force un droit acquis à titre irrévocable, quand même celui par rapport auquel on l'a acquis y trouveroit quelque choſe de fâcheux. En effet, quiconque ſe porte librement & volontairement à faire un accord, ne doit s'en prendre qu'à lui-même, de ce qu'il ne s'eſt pas précautionné dès le commencement contre les cas qui pouvoient être prévûs avec quelque vraiſemblance. Ainſi, ſuppoſé qu'un Peuple, (4) après s'être mis ſous la domination abſoluë d'un Prince, vienne enſuite à changer d'inclination, & à aimer mieux une autre forme de Gouvernement; il ne peut pas pour cela ſecouer le joug de l'obéiſſance qu'il avoit promiſe à ſon Roi. Il y a des gens qui ne ſe ſeroient point mariez s'ils euſſent penſé à toutes les incommoditez du Mariage; cependant, lorſqu'ils ſont une fois engagez dans les liens de l'Hymen, quelque ſoit leur ſort, il faut qu'ils prennent (5) patience.

Comment les Obligations s'anéantiſſent par le *tems*.

§. XI. 7. Le *tems* ſeul anéantit les engagemens (1) dont la durée dépendoit d'un terme fixe. Que ſi on veut les continuer après cela, il faut une nouvelle Convention, qui n'eſt quelquefois que (a) tacite. Mais il ſeroit abſurde de prétendre contracter une Obligation qui dût finir au bout d'un certain tems (2), ſans qu'elle eût aucun effet pendant tout ce tems-là; de dire, par exemple, *Je vous devrai cent Ecus pendant trois ans, ſans que néanmoins vous puiſſiez me les demander ni pendant ces trois ans, ni après.* Car une Obligation qui n'a aucun effet ni avant qu'elle finiſſe, ni après, ſe réduit à rien. Autre choſe eſt de dire: *Si entre-ci & trois ans vous ne me demandez pas cent Ecus, je ne vous devrai plus rien:* car c'eſt-là une condition ajoûtée à l'engagement, & dont le défaut doit le faire évanouïr. C'eſt ainſi que d'ordinaire on ne cautionne que pour un certain tems; afin que le Créancier preſſe le Débiteur pendant qu'il a encore dequoi payer, & de-peur que la Caution ne demeure obligée à l'infini (3).

(a) Voyez ci-deſſus, Chap. VI. §. 1. *Note* 2.

XX. *ſive ult.* COD. Lib. V. Tit. XXXVII. *De adminiſtrat. Tutorum vel Curatorum*, &c. Leg. XXVI. & Tit. XXXIX. *Quando ex facto Tutoris vel Curatoris Minores agere vel conveniri poſſunt*, Leg. I. Mr. HERTIUS cite ici ces Loix.

(3) Voyez ce que dit feu Mr. BAYLE, dans ſa *Réponſe aux Queſtions d'un Provincial*, Tome I. Chap. LX. ſur la queſtion, *ſi* Gebhard Truchſes *pouvoit juſtement prétendre à la poſſeſſion de l'Archevêché de* Cologne, *depuis qu'il ſe fût marié?*

(4) Cela ne peut guéres arriver du vivant du premier Prince, à moins qu'il n'abuſe exceſſivement de ſon pouvoir: & en ce cas-là, celui de qui il le tient eſt en droit de le lui ôter. Que ſi après quelques generations le changement de l'état ou du génie de la Nation demande une autre forme de Gouvernement, pourquoi eſt-ce que le Peuple ne pourroit pas l'introduire? Le Bien Public, en vûë duquel le Gouvernement eſt ou doit être établi, forme ici une condition ou une exception tacite, qui fait qu'on ne doit pas juger des engagemens d'un Peuple en corps par rapport à l'établiſſement de la Puiſſance Souveraine, tout-à-fait ſur le même pié qu'on régle les engagemens de Particulier à Particulier. On traitera en ſon lieu des fondemens de ce que je viens de dire.

(5) Voyez la *Réponſe aux Queſtions d'un Provincial*, par feu Mr. BAYLE, Tome II. page 40, *& ſuiv.*

§. XI. (1) Voyez ci-deſſous, Liv. VII. Chap. VI. §. 15.

(2) L'Auteur dans ſon Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. XVI. §. 7. ajoute cette reſtriction: *Bien entendu, que pendant l'eſpace de tems reglé on ait été en état d'exiger l'effet de l'engagement de l'autre Partie.* S'il n'a pas voulu dire la même choſe qu'il fait ici, on doit entendre ſa penſée de la maniere que je l'explique dans la Note ſur ce paragraphe: ou bien en ſuppoſant qu'il y ait de la faute de celui qui s'étoit engagé pour un certain tems à faire quelque choſe en notre faveur.

(3) Elle demeuroit obligée, ſelon les principes du Droit Romain, qui établiſſoit ici une des ſubtili-

Quels engagemens finiſſent par la *mort*.

§. XII. 8. La *mort* anéantit les engagemens purement perſonnels, dont elle rend l'execution (1) naturellement impoſſible : car un Accident ne ſauroit ſubſiſter hors de ſon ſujet. Souvent néanmoins les Obligations d'un Défunt, qui ne ſont pas incommunicables, paſſent à quelques-uns de ceux qui lui ſurvivent, & cela ou parcequ'ils s'en ſont chargez eux-mêmes, ſoit par un effet de la tendreſſe qu'ils avoient pour le Défunt, ſoit pour faire honneur à ſa mémoire, ſoit pour quelque autre raiſon ; ou parcequ'ils ſuccedent à ſes biens, auſquels l'Obligation étoit naturellement comme attachée (2). Du reſte, ſi quelqu'un meurt, ſans laiſſer dequoi payer toutes ſes Dettes, il eſt clair que ſes Créanciers n'ont plus d'action contre lui ; car que feroient-ils à un Cadavre (3) ?

De la *Délegation*.

§. XIII. 9. On ſubſtitue quelquefois un tiers, qui étant nôtre Débiteur, s'oblige pour nous envers un de nos Créanciers, promettant de lui payer ce qu'il nous devoit lui-même ; (1) & c'eſt ce que l'on appelle *Délégation*. Le conſentement du Créancier eſt ici abſolument néceſſaire, mais non pas (2) celui du tiers Débiteur : car quand on doit, il n'importe à qui l'on paye ; mais un Créancier a grand intérêt de ne pas recevoir toute ſorte de Débiteurs qu'on voudroit ſubſtituer.

De la *Confuſion*.

§. XIV. 10. Pour la *Confuſion*, il n'eſt pas beſoin de s'y étendre ; car perſonne ne pouvant être Créancier & Débiteur de lui-même, il eſt clair, que ſi quelqu'un devient Héritier de ſon Débiteur, la Dette s'éteint dès-lors, (1) n'y ayant plus d'objet contre qui l'on puiſſe faire valoir ſon droit.

les plus contraires au Droit Naturel. Car les Juriſconſultes avoient poſé pour régle, Que le tems n'eſt pas une maniere d'éteindre les Obligations, quelles qu'elles ſoient ; non-plus que de leur donner naiſſance. *Placet etiam ad tempus obligationem conſtitui non poſſe : non magis quàm legatum.* Digest. Lib. XLIV. Tit. VII. *De Oblig. & actionib.* Leg. XLIV. §. I. Ainſi quand on avoit repondu pour quelqu'un, ou promis quelque autre choſe, encore même qu'on eût déclaré qu'on ne vouloit s'y engager que pour tel ou tel tems, on ne laiſſoit pas d'y être obligé après ce tems-là. Mais l'Uſage éluda enſuite la Regle, en accordant une Exception, ou fin de non-recevoir, à celui que l'on ſommoit de tenir ſes engagemens après le terme convenu. Voyez Instit. Lib. III. Tit. XVI. *De Verbor. Oblig.* §. 3. & Mr. Noodt *De Pactis & Transact.* Cap. XII. Il eſt ſurprenant que quelques Auteurs veuillent encore juſtifier ici les idées du Droit Romain par des raiſons auſſi fauſſes & auſſi frivoles que la déciſion en elle-même.

§. XII. (1) On dit néanmoins, que les anciens *Gaulois* ſe prêtoient les uns autres, à rendre dans les Enfers. Voyez Pomponius Mela, Lib. III. Cap. II. num. 30. & Val. Maxim. Lib. II. Cap. VI. §. 10. Les *Bonzes* du *Japon* font accroire aux gens de ce Païs-là, que quiconque leur prêtera de l'argent dans ce monde, en recevra le double dans l'autre. Dans cette penſée leurs Créanciers crédules gardent avec ſoin, & ordonnent même que l'on enterre avec eux, les Billets d'obligation que ces Prêtres fourbes leur ont fait. Bern. Varenius, *de Relig. Japon.* page 35. Tout ceci eſt de l'Auteur.

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. I. §. II.

(3) *Solon*, comme le remarquoit ici notre Auteur, défendit par une Loi, *de dire du mal des Morts.* Plutarch. *in ejus Vita*, page 189. E. Voyez Digest. Lib. XLVII. Tit. X. *De injuriis & famoſis libellis*, Leg. I. §. 4, 6. & XXVII. Voyez pourtant la coûtume des *Egyptiens* rapportée ci-deſſus, Chap. X. §. 13.

§. XIII. (1) *Delegare eſt vice ſua alium reum dare creditori, vel cui juſſerit.* Digest. Lib. XLVI. Tit. II. *De novationibus & delegationibus*, Leg. XI.

(2) Il l'eſt par le Droit Romain. *Delegatio debiti, niſi conſentiente, & ſtipulante promittente Debitore, jure perfici non poteſt.* Cod. Lib. VIII. Tit. XLII. *De novationibus & delegationibus*, Leg. I. Ainſi notre Auteur attache au terme de *Délegation* une autre idée que celle des Juriſconſultes : car il entend par-là le tranſport ou la *ceſſion* d'une Dette ; ce qui dans le Droit Romain eſt regardé comme une eſpece de Vente que l'on peut faire ſans que le Débiteur y conſente. *Nominis autem venditio, & ignorante, vel invito eo, adverſus quem actiones mandantur, contrahi ſolet.* Cod. *ibid.* Voyez encore ce que dit ici Mr. Hertius ; & Mr. Weber, Profeſſeur auſſi à *Gieſſen*, dans ſes Notes ſur l'Abregé, *De Offic. & Hom. Civis*, Edit. de 1710. Lib. I. Cap. XVI. §. 9. Mr. Gundling, dans ſon *Jus Natur.* 2. Edit. Cap. XXIII. §. 104. prend ici le parti de notre Auteur : & il a raiſon à en juger par le Droit Naturel. Du reſte, la choſe eſt peu importante : & notre Auteur n'auroit pas mal fait d'avertir qu'il prend le mot de *Délégation*, comme il a pû le faire, dans un ſens un peu différent de celui qu'il a chez les Juriſconſultes Romains, pour éviter qu'on ne lui reprochât d'avoir mal entendu leurs principes.

§. XIV. (1) *Aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem : veluti ſi creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem.* Digest. Lib. XLVI. Tit. III. *De ſolution. & liberat.* Leg. XCV. §. 2. La *Confuſion* ſe fait donc ici, lorſque le Droit & l'Obligation réciproque ſe réuniſſant & ſe confondant en une ſeule & même perſonne, s'évanouïſſent par ce moyen. Les exemples que Mr. Hertius allégue ici, pour montrer que l'idée de la *Confuſion* a plus d'étendue, regardent uniquement les déciſions du Droit Romain ; ſur quoi l'on peut voir le *Jus privatum Ro-*

De la *Novation.*

§. XV. LA *Novation* (1) ſemble être purement de (2) Droit Civil ; car on peut à la vérité faire d'un commun accord quelque changement à des Obligations contractées depuis long-tems ; convenir, par exemple, que ſi la choſe vient à ſe perdre faute d'être délivrée, le Débiteur n'en ſera plus reſponſable ; qu'il ne ſera plus obligé de payer les intérêts, ou ce que l'on avoit ſtipulé en forme de peine, au cas qu'il fut en demeure ; qu'on rendra les Gages, ou qu'on déchargera la Caution, & que le Créancier ſe fiera deſormais à la ſeule parole du Débiteur, &c. Mais ſi l'on s'en tient à la ſimplicité du Droit Naturel, il n'eſt pas beſoin de ſuppoſer en tout cela, que l'ancienne Obligation ſoit anéantie pour faire place à une autre. Tout ce qu'il y a, c'eſt que le Créancier relâche une partie de ſon droit, ou que pluſieurs prétenſions différentes ſe réuniſſent en une ſeule. Il eſt auſſi uniquement de Droit Poſitif, qu'une certaine action en Juſtice (3) ſoit privilégiée, & paſſe devant les autres : car, ſelon le Droit Naturel, tout ce qui eſt également dû peut être demandé avec le même effet & la même force. Mais on peut rapporter & appliquer en quelque maniere au Droit Naturel, ce que les mêmes Loix Romaines diſent de la *Novation néceſſaire*, (4) comme parlent les Juriſconſultes, qui ſe fait par la conteſtation en cauſe, ou le Procès commencé en Juſtice, & qui eſt oppoſée à l'autre ſorte de *Novation*, que l'on nomme *volontaire*. Car comme un Particulier, qui a gagné ſon procès, a *action de Condamnation* (5) contre ſa Partie, pour demander ce que porte la Sentence, quelque ait été auparavant ſon droit ; de même, après une Guerre, on peut exiger non ſeulement ce qui nous eſt dû en vertu des anciennes prétenſions qui nous ont obligé à prendre les armes, mais encore tout ce qui a été réglé & accordé par le Traité de Paix (6).

*mano-Germanicum* de Mr. TITIUS Lib. V. Cap. XVI. §. 10, 11, 12. Et d'ailleurs notre Auteur n'étoit pas obligé de rapporter ici tous les cas dans leſquels le Droit ou l'Obligation peuvent s'éteindre par une réunion dans la même perſonne : il lui ſuffiſoit d'en parler par rapport à la matiere qu'il traite.

§. XV. (1) On entend par-là, dans le Droit Romain, un acte par lequel le Créancier & le Débiteur, ſans aucun nouveau fondement, changent la nature d'une Dette, en ſubſtituant une nouvelle ſorte d'Obligation à l'ancienne. *Novatio eſt prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfuſio atque translatio : hoc eſt, cùm ex præcedenti cauſa ita nova conſtituitur, ut prior perimatur.* Novatio *enim à* novo *nomen accepit, & à nova obligatione.* DIGEST. Lib. XLVI. Tit. II. *de novationibus & delegationibus.* Leg. I.

(2) Mr. TITIUS, *Obſerv.* CCCCXV. *in Pufendorf.* ſoûtient que non. Car, dit-il, la Novation, auſſi-bien que tout autre acte licite, ſe fait par un conſentement mutuel des Parties, & par une ſuite de la liberté qu'ont naturellement tous les Hommes, de déterminer & varier, comme bon leur ſemble, les engagemens où ils entrent les uns envers les autres. Voyez auſſi ce que dit là-deſſus Mr. HERTIUS.

(3) Comme dans le concours de pluſieurs Créanciers, ou de pluſieurs perſonnes à qui une même choſe a été hypothéquée ; ſurquoi il y a bien des déciſions du Droit Romain, ſouvent fort conteſtées entre les Interprêtes. Voyez DIGEST. Lib. XX. Tit. IV. *Qui potiores in Pignore*, &c. Lib. XLII. Tit. V. *De rebus auctoritate Judic. poſſidend.* avec les Commentateurs ſur ces Titres. Notre Auteur parle ici de ces Actions privilegiées, à cauſe qu'un des principaux effets de la *Novation*, ſelon le Droit Romain, eſt d'éteindre le privilége de préference, en faiſant changer de nature à l'Obligation. Voyez DIGEST. Lib. XLVI. Tit. II. *De Novation.* Leg. XXIX. Mais cela même devoit lui faire reconnoître, qu'en ſuppoſant quelque Loi Civile qui régle ainſi les choſes, la transformation de l'engagement peut avoir, par le Droit même naturel, des effets très-conſidérables qu'elle n'auroit pas ſans cela.

(4) *Aliam cauſam eſſe novationis voluntariæ, aliam Judicii accepti, multa exempla oſtendunt.* DIGEST. *ubi ſuprà*, Leg. XXIX. Celle-ci ne change point la nature de l'Obligation ; & bien-loin d'éteindre les bénéfices & avantages qu'avoient les Parties, elle rend ſouvent leur condition meilleure. On peut voir les Interprêtes ſur ce Titre.

(5) *Judicati actio.* L'utilité publique a paru demander & demande en effet juſqu'à un certain point, que la Sentence du Juge ſoit reputée juſte & fondée en verité, qu'elle le ſoit ou non, à juger d'ailleurs des choſes en elles-mêmes. *Res judicata pro veritate accipitur.* DIGEST. Lib. I. Tit V. *De ſtatu Homin.* Leg. XXV. Ainſi on ne la caſſe que pour de fortes raiſons, que les Loix elles-mêmes déterminent ; ſauf d'ailleurs le droit qu'a le Souverain d'uſer extraordinairement de ſon autorité en des cas particuliers. Voyez un ſçavant & curieux Traité de DIDIER HERAULD, *De rerum judicatarum auctoritate*, imprimé à *Paris* en 1640. Cela ne donne pourtant aucun droit, en conſcience, à celui qui ſçait, ou peut aiſément ſçavoir, qu'il a gagné injuſtement ſa cauſe. Voyez ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. III. Chap. II. §. 5. Note 2.

(6) A toutes ces manieres d'être dégagé d'une Obligation, notre Auteur pouvoit en ajoûter une autre ; c'eſt lorſque la choſe qui étoit duë en *eſpece*, comme parlent les Juriſconſultes, c'eſt-à-dire, enſorte qu'on ne pût pas s'acquitter par équivalent, vient à périr ſans qu'il y ait de la faute du Débiteur, ou qu'il ſoit

## CHAPITRE XII.

### *De la* MANIERE D'INTERPRETER *les Conventions & les Loix.*

§. I. APRE'S avoir traité des Conventions en général, & de quelques-unes de leurs eſpeces en particulier, il faut voir préſentement de quelle maniere on doit les interpréter; car comme, dans tous les Engagemens volontaires, on employe certains ſignes pour faire connoître l'intention des Contractans, & les conditions ou les articles du Traité; & que ces ſignes peuvent quelquefois être expliquez diverſement: il importe beaucoup d'avoir certaines Régles à la faveur deſquelles on puiſſe en découvrir la véritable ſignification. Or quoique nous n'ayïons pas encore parlé des Conventions qui ſuppoſent le Gouvernement Civil, & que même la plûpart des (1) choſes que nous dirons ici, ſe rapportent auſſi à l'explication des Loix; cependant, comme il ne ſeroit à propos ni de renvoyer à la fin de l'Ouvrage les Régles de l'INTERPRETATION, ni d'en faire à deux fois; nous avons cru, que ſans pécher beaucoup contre la bonne Méthode, nous pouvions traiter ici toute la matiere. En quoi nous ſuivrons preſque pié-à-pié (a) GROTIUS, qui l'a fort approfondie.

Tranſition.

(a) Liv. II. Chap. VI.

§. II. SI l'on conſidere le but des Obligations que les Hommes contractent volontairement, on reconnoîtra que chacun n'eſt tenu qu'à ce à quoi il a voulu s'engager; car puiſque, comme on le ſuppoſe, les deux Parties ſe ſont elles-mêmes volontairement & librement impoſées la néceſſité de faire quelque choſe à quoi elles n'étoient pas d'ailleurs obligées, je ne vois pas comment aucune d'elles pourroit être gênée au-delà de ce à quoi elle a prétendu s'aſtreindre. C'eſt ainſi qu'il faut entendre ces paroles de CICERON: (1) *En matiere de Promeſſes*, dit-il, *on ne doit pas tant avoir égard aux paroles, qu'à l'intention de celui qui les prononce.* Mais telle eſt la nature de l'Homme, que les mouvemens intérieurs de ſon Ame ne ſe font pas connoître à autrui par eux-mêmes, & qu'ils peuvent ne pas s'accorder avec les indices & les actes

Il eſt fort néceſſaire de bien *interpréter les Conventions.*

en demeure de délivrer. En voici un exemple du Droit Romain, au ſujet d'un Eſclave qui eſt mort avant qu'on l'eût remis entre les mains de celui à qui on l'avoit promis, ou à qui il avoit été légué par une perſonne dont on recueille la ſucceſſion. *Si ex legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter poſt mortem ejus tenearis mihi, quàm ſi per te ſteterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita ſit, ſi aut interpellatus non dediſti, aut occidiſti eum.* DIGEST. Lib. XLV. Tit. I. *De verborum obligationibus*, Leg. XXIII. Voyez auſſi la Loi LXXII. §. 1. & LXXXIII. §. 7. & COD. Lib. IV. Tit. II. *Si certum petatur*, Leg. IX. & le *Jus privatum Romano-Germanicum* de Mr. TITIUS, Lib. V. Cap. XVI.

CHAP. XII. §. I. (1) C'eſt apparemment ce que l'Auteur a voulu dire; au lieu que de la maniere dont l'Original eſt conçu, il faudroit traduire, *& que la plûpart même de ces Conventions*, &c. Je m'imagine que l'Auteur avoit deſſein de s'exprimer ainſi: *& pleraque etiam* [ dicenda ] *ad Leges pertineant:* car il n'eſt pas vrai, que la plûpart des Conventions, dont il doit traiter dans les deux derniers Livres, ſe rapportent aux Loix; les Loix elles-mêmes n'étant pas proprement des Conventions, comme il l'a fait voir lui-même ci-deſſus, Liv. I. Chap. VI. §. 2. & il paroît au contraire manifeſtement, que la plûpart des Régles qu'il donne dans ce Chapitre, peuvent être également appliquées aux Conventions, & aux Loix. Au reſte quelques Auteurs, qui ont donné à leur maniere, des Syſtêmes de Droit Naturel, en banniſſent mal-à-propos cette matiere de l'Interprétation, ſous prétexte que les Régles generales en appartiennent proprement à la Logique & à la Critique. Mais l'application de ces Régles eſt aſſez importante, & ſouvent aſſez ſujette à des difficultez, pour qu'elle mérite qu'on enſeigne à la faire, & qu'on donne par conſéquent des principes particuliers, qui ſervent de guide dans un ſi grand nombre de cas que les Conventions & les Loix fourniſſent ici à examiner. D'ailleurs, cela eſt abſolument neceſſaire pour diſtinguer la maniere dont on doit expliquer les Conventions & les Loix ſelon les lumieres de la Raiſon toute ſeule, d'avec certaines interprétations arbitraires que les Légiſlateurs établiſſent & autoriſent, ſur des préſomptions quelquefois fort éloignées de la vérité.

§. II. (1) *Semper autem in fide, quid ſenſeris, non quid dixeris, cogitandum* De Offic. *Lib.* I. Cap. XIII. Au reſte, ces paroles ſont partie d'un grand paſſage, qui ne ſe trouve ni dans les plus anciennes Editions, ni dans la plûpart des Manuſcrits.

extérieurs. Cependant il faut de toute néceſſité déterminer d'une maniere diſtincte & préciſe, à quoi chacun eſt tenu, & ce que l'on peut légitimement exiger de lui. Autrement, s'il étoit permis d'entendre comme on voudroit les Engagemens où l'on eſt entré, il n'y en a pas un dont on ne pût éluder l'effet, en ſoûtenant que l'on a eu dans l'eſprit toute autre choſe que ce à quoi penſoit l'autre Contractant. Comme donc nos penſées ſeules ſont uniquement pour nous, & les ſignes extérieures pour autrui, la Raiſon veut, que *quand on a contracté quelque Engagement, celui envers qui l'on s'eſt engagé ait droit de nous contraindre à effectuer tout ce qui ſuit d'une droite & naturelle* (2) *interprétation des ſignes dont on s'eſt ſervi.* Sans cela, les Conventions n'aboutiroient à rien, & n'auroient aucun effet ſur lequel on pût compter; ce qui, en fait de Choſes Morales, paſſe pour contradictoire & entierement abſurde.

Or ici la régle générale d'une bonne Interprétation, c'eſt *de juger de l'intention d'une perſonne par les ſignes & les indices les plus vraiſemblables qui ſe préſentent.* Ces *ſignes* conſiſtent ou en des *paroles*, ou en des *conjectures*; & on les conſidére ou *ſéparément*, ou *conjointement* (3).

Les *Paroles* ſe doivent ordinairement expliquer dans le ſens que leur donne l'uſage commun.

§. III. A l'égard des *Paroles*, il faut établir (1) pour maxime; que, *tant qu'il n'y a point d'ailleurs de conjecture ſuffiſante qui oblige de les entendre dans un ſens particulier, on doit leur donner celui qui leur eſt propre, non ſelon l'Analogie ou l'Etymologie Grammaticale, mais ſelon l'uſage commun du Peuple*, qui eſt le (2) maître abſolu

(2) C'eſt ce qui eſt bien exprimé, ajoûtoit l'Auteur après Grotius, dans la formule des Traitez des anciens Romains: *Ut illa palam prima poſtrema, ex illis tabulis cerâve recitata ſunt, ſine dolo malo, utique ea hic hodie rectiſſime intellecta ſunt, illis Legibus Populus Romanus prior non deficiet.* Tit. Livius, Lib. I. Cap. XXIV.

(3) C'eſt-à-dire, enſorte que les Conjectures ſe tirent ou des paroles ſeules, ou de quelque autre choſe qui n'y eſt pas renfermé.

§. III. (1) L'Auteur ſuppoſe ici, que ceux qui ſe mêlent d'interprêter les Conventions & les Loix, ſoient inſtruits des Régles générales de la Critique, dont la connoiſſance eſt abſolument neceſſaire pour découvrir le ſens de toute ſorte de paroles, ſoit prononcées de vive voix, ou miſes par ecrit. Telles ſont, par exemple, les maximes ſuivantes. 1. Pour comprendre ce que dit une perſonne qui ne prononce pas diſtinctement, ou qui a la langue empêchée, il faut être accoûtumé à l'entendte parler; comme pour déchiffrer un Acte, il faut avoir appris à lire l'écriture de celui qui l'a fait. Ce qui ne ſuffit pourtant pas toûjours, parcequ'on peut prononcer ou écrire, par diſtraction ou par quelque autre empêchement, d'une maniere qui ne réponde pas à ce qu'on a dans l'eſprit: & alors il faut en juger par les circonſtances. Par exemple, le Droit Romain décide, que ſi un homme a mal écrit une ſyllabe, & dit dans ſon Teſtament: *J'affranchis* Cratinus *mon Eſclave*, pour *Cratiſtus*, qui étoit le ſeul Eſclave qu'il eût; celui-ci doit avoir la liberté, ſelon l'intention du Teſtateur. *Qui habebat ſervum* Cratiſtum, *teſtamento ita cavit:* Servus meus *Cratinus* liber eſto. *Quæro an ſervus* Cratiſtus *ad libertatem pervenire poſſit, cum teſtator ſervum* Cratinum *non habeat, ſed hunc ſolum* Cratiſtum? *Reſpondit, nihil obeſſe, quod in ſyllaba erraſſet.* Digest. Lib. XL. Tit. IV. *De manumiſſis teſtamento*, Leg. LIV. *princ.* Mr. Thomasius, *Inſtit. Juriſpr. divin.* Lib. II. Cap. XII. §. 22. rapporte cet exemple. Il remarque auſſi plus bas, §. 25. que l'Empereur *Juſtinien*, Cod. Lib. I. Tit. XVII. *De veteri Jure enucl.* &c. défend avec raiſon, *Leg.* I. §. 13. *Leg.* II. §. 22. *Leg.* III. §. 22. de ſe ſervir d'abbréviatures en copiant les Loix. Et il ſeroit à ſouhaitter qu'on n'eût jamais contrevenu à ſes défenſes. 2. On doit bien ſçavoir la Langue de celui qui parle, ou qui écrit. 3. Il faut connoitre ſon ſtile, & le ſtile du tems auquel il parloit, ou il écrivoit. 4. Il faut être inſtruit des opinions & des coûtumes auſquelles il peut faire alluſion. 5. On doit tâcher de découvrir quels étoient ſes ſentimens ou ſes diſpoſitions, ſon caractére, ſes lumieres, ſon but, ſes vûës, &c. 6. Il faut voir ſi l'acte n'eſt pas ſuppoſé, s'il n'y a pas quelque choſe d'ajoûté ou de retranché frauduleuſement, s'il ne s'y eſt pas gliſſé quelque faute d'écriture ou par l'inadvertence de l'Auteur, ou par la négligence ou l'ignorance du Copiſte, &c. Car pour alleguer un exemple du dernier cas, tiré du Droit Romain, ſi un Clerc de Notaire a mal copié la minute d'un Contract, cela ne doit point porter de prejudice à celui en faveur de qui il eſt fait. *Si Librarius in transcribendis ſtipulationis verbis erraſſet, nihil nocere, quominus & reus, & fidejuſſor teneatur.* Digest. Lib. I. Tit. XVII. *De diverſis regulis Juris*, Leg. XCII. 7. Il faut entendre la matiere dont il s'agit. 8. Enfin, il y a un grand nombre d'autres circonſtances auſquelles on doit faire attention, & dont quelques-unes ſeront indiquées plus bas par notre Auteur; mais qui ſe découvrent plûtôt par l'uſage, & par les reflexions que l'on fait ſur les cas particuliers, & ſur chaque paſſage, que par des Regles generales. Voyez ceux qui ont donné des Traitez ſur l'Art de la Critique; mais ſurtout l'excellent Ouvrage de Mr. Le Clerc, intitulé *Ars Critica*, où l'on trouve un Syſtême complet de cet Art ſi utile & ſi néceſſaire. Mr. Thomasius, & ceux qu'il indique, dans le Chapitre de ſa *Juriſprudentia Divina*, que j'ai cité ci-deſſus, fourniſſent des exemples de pluſieurs cas qui ſe rapportent aux Conventions ou aux Loix.

(2) Juſques-là qu'un ancien Romain ſoûtenoit, que *Tibere*, tout Empereur qu'il étoit, ne pouvoit pas donner droit de Bourgeoiſie à un mot étranger. Dio

abſolu des Langues. C'étoit donc une vaine échappatoire que celle de quelques (a) *Locriens*, qui ayant promis avec ſerment aux *Siciliens*, ancien Peuple qui étoit établi dans le fond de la *Calabre*, de vivre avec eux en bonne amitié, *tant qu'ils fouleroient aux pieds la Terre ſur laquelle ils étoient, & qu'ils porteroient des Têtes ſur leurs Epaules;* ne laiſſerent pas de les chaſſer du Païs à la premiere occaſion, ſe croyant quittes de leur ſerment, ſous prétexte qu'en jurant ils avoient mis, ſans qu'on y prît garde, des têtes d'Ail ſur leurs Epaules, & de la terre dans leurs Souliers, qu'ils jetterent bien-tôt après: Ou celle des *Béociens* (b), qui s'étant engagez entr'autres choſes, par un Traité conclu avec les *Lacédémoniens*, à leur livrer *Panacte*, le firent à la verité, mais après avoir raſé la place: Ou celle de *Leucippe* (c), qui ayant prié les *Tarentins* de le laiſſer entrer pour un jour & une nuit dans la ville de *Métaponte*, comme on le ſommoit enſuite de déloger, ſi c'étoit de jour, il répondoit qu'il ſortiroit la nuit ſuivante; & ſi c'étoit de nuit, il renvoyoit au jour ſuivant: Ou celle du Sultan *Mahomet II.* qui, après la priſe de *Negrepont*, ayant promis à quelqu'un de ne pas lui faire couper la tête, (3) le fit ſcier par le milieu du corps: Ou celle d'un (d) Roi de *Perſe*, à qui le Roi des *Indes* ayant envoyé demander par ſon Ambaſſadeur un Roitelet Indien qui s'étoit réfugié chez lui, il fit mettre ce Roitelet, pendant tout le tems de l'audience, dans une Corbeille ſuſpendue à un Arbre; en vertu dequoi il répondit que celui qu'on cherchoit n'étoit pas ſur ſes terres: Ou celle d'un homme, (4) qui nioit fort & ferme qu'il eût mis la main ſur un Prêtre, parce qu'il n'avoit fait que lui donner de bons coups de bâton, & le fouler aux pieds: Ou celle de *Tamerlan*, (5) qui après avoir reçu à compoſition la Garniſon de *Sébaſte*, ſous promeſſe de ne répandre point de ſang, fit enterrer tous vifs les Soldats dès qu'il les tint priſonniers. Toutes ces ſubtilitez, & autres ſemblables, ne ſont que de miſerables chicanes & de groſſieres ſupercheries: car, comme le dit CICERON au ſujet des Promeſſes faites avec ſerment, *la fraude* (e), *bien-loin d'empêcher qu'on ne ſe parjure, rend le Parjure plus criminel.*

(a) *Polyb.* Lib. XII. Cap. IV.

(b) *Thucydid.* Lib. V. Cap. XLII. *Edit. Oxon.*

(c) *Strabo*, Geograph. Lib. VI. pag. 183. *Edit. Genev. Caſaubon.* [265. *Paris.* 406. *Amſtel.*]

(d) *Olearius*, Itiner. *Perſic.* Lib. IV. Cap. XXX.

(e) Voyez ci-deſſus, Liv. IV. Chap. II. §. 12. *Note* 2.

Les *termes de l'Art* ſe prennent au ſens que leur donnent les Maîtres.

§. IV. POUR les *Termes de l'Art*, qui ne (1) ſont guéres connus du peuple, *il faut les expliquer ſelon la définition* (2) *qu'en donnent les Maîtres, ou ceux qui entendent l'Art ou la Science dont il s'agit.* Par exemple, ſi dans un Traité il eſt ſtipulé qu'aucun des Alliez n'entrera dans les terres de l'autre avec une Armée; il faut voir quel nombre de Soldats emporte ce mot d'*Armée*. GROTIUS (a) la définit, *une multitude de Gens de guerre, qui font irruption tout ouvertement dans les terres de l'En-*

(a) *Ubi ſuprà*, §. 3. *num.* 2.

CASSIUS, Lib. LVII. page 703, 704. *Edit. H. Steph.* Voyez ci-deſſus Liv. IV. Chap. I. §. 6. & THEMISTIUS, Orat. XXIII. ſive *Sophiſta*, pag. 287. C. *Edit. Pariſ. Harduin.* au ſujet du mot de *Sophiſte*; comm auſſi PROCOPE, *Hiſt. Vandal.* Lib. I. C. 11. au ſujet du terme d'*Alliez*.

(3) JEAN CUSPINIEN, *De Turcarum origine*, &c. parle de deux perſonnes à qui le Sultan avoit promis la vie, & qu'il fit mourir ſous prétexte de cette chicane groſſiere ſur les termes: l'une étoit le Commandant de la Ville de *Chalcis*; l'autre, le Gouverneur de la part des *Venitiens*. *In Mahomet.* II. page 132. *Edit. Lugd. Bat.* 1654. Notre Auteur avoit pris cet exemple de GROTIUS, qui le rapporte, *Liv.* II. *Chap.* XVI. §. 2. *Note* 3. ſans citer aucun garant.

(4) Notre Auteur a tiré apparemment ce conte de MONTAGNE, qu'il cite ailleurs aſſez ſouvent: car voici ce que l'on trouve dans les *Eſſais*, *Liv. I. Chap.* XLI. tout à la fin, Tome I. page 514. *Edit. de la Haye* 1727. *Quelcun en mes jours, eſtant reproché par le Roi d'avoir mis les mains ſur un Preſtre, le nioit fort & ferme: c'eſtoit qu'il l'avoit battu & foulé aux pieds.*

(5) Ceci eſt pris de la Vie que BOECLER a donnée de ce fameux Conquerant, *Diſſertat. Academic.* Tome I. page 296. où le fait eſt rapporté ſur la foi d'un Auteur, preſque contemporain, qui a écrit la même Vie en Arabe; ſçavoir AHMED, *fils d'Arabſcha*.

§. IV. (1) C'eſt ce que CICERON a remarqué, à l'occaſion de la *Dialectique*, dans ce paſſage que notre Auteur citoit après GROTIUS: *Qualitates igitur*, dit-il, *adpellavi, quas* ποιότητας Græci *vocant: quod ipſum apud* Græcos *non eſt Vulgi verbum, ſed Philoſophorum, atque id in multis. Dialecticorum verò verba nulla ſunt publica: ſuis utuntur: & id quidem commune omnium ferè eſt Artium*, Academic. Quæſtion. Lib. I. Cap. VII.

(2) A moins que celui qui parle n'entende ni l'Art, ni les termes; car alors il faut juger par la ſuite du diſcours, ou par d'autres circonſtances, quel ſens il peut avoir eu dans l'Eſprit.

*nemi*, ſoit pour l'attaquer, ou pour prévenir ſes entrepriſes. Surquoi il faut bien remarquer le mot d'*ouvertement* qui eſt eſſentiel; car les Hiſtoriens diſtinguent toûjours entre les actes d'hoſtilité qu'exerce un Corps de Troupes réglées dans une Guerre déclarée, & ceux qui ſe commettent furtivement, ou par maniere de brigandage. Mais on ne peut pas fixer un certain nombre de Soldats, dont une Armée doive toûjours & partout être néceſſairement compoſée; il faut en juger ſelon les forces des Attaquans, & des Attaquez. Dans un démêlé entre deux Etats peu conſidérables, on a lieu de regarder comme une Armée, un petit Corps de Gens de guerre qui ne paſſeroit que pour une poignée de Bandits, s'il s'agiſſoit de deux grands Royaumes. Lors donc que VEGECE définit l'*Armée*, (3) *un Corps compoſé de Légions, de Troupes Auxiliaires & de Cavalerie, ramaſſées & jointes enſemble pour faire la guerre*; c'eſt une définition qui ne convient point à toute ſorte d'Armées en général, mais ſeulement à celles des *Romains* de ce tems-là; car il y a des Armées qui ne ſont compoſées que de Citoyens, ou que de Troupes Etrangeres ou Auxiliaires, & il y en a auſſi qui conſiſtent en un Corps tout d'Infanterie, ou tout Cavalerie. *Marc Craſſus*, au rapport de CICERON (b) ſoûtenoit *qu'un homme ne pouvoit paſſer pour riche, s'il n'étoit en état de lever une Armée à ſes dépens*. CICERON (c) lui-même compoſe l'*Armée de ſix Légions, avec un grand nombre de Troupes Auxiliaires, tant d'Infanterie que de Cavalerie*. POLYBE (d) dit, que (4) l'*Armée des Romains* conſiſtoit ordinairement en *ſeize mille Citoyens, & vingt-mille hommes de Troupes des Alliez*. Cela n'empêche pas qu'un moindre nombre de gens de guerre ne fût quelquefois appellé une *Armée*, juſques-là que dans le (e) DIGESTE ce nom eſt donné à une ſeule Légion. Mais à l'occaſion de ce mot on peut demander, ſi le Traité que j'ai allégué pour exemple eſt véritablement enfraint, lorſqu'un des Alliez fait paſſer ſur les terres de l'autre un grand nombre de troupes par petites bandes qui défilent les unes après les autres? Pour répondre à cette Queſtion il faut remarquer que, ſelon le langage ordinaire, on a une Armée ſur pié, non ſeulement lorſqu'elle eſt toute en un ſeul endroit, mais encore lorſqu'on la ſépare en pluſieurs petits Corps qui peuvent être raſſemblez en peu de tems. Cela poſé il reſte à examiner dans quelle vûë le Traité a été fait; car ſi l'un des Alliez a voulu ſeulement prévenir les dangers où il pourroit être de la part de l'autre, il eſt clair que celui-ci ne viole point le Traité, en faiſant paſſer ſes Troupes par petites bandes ſéparées, enſorte qu'elles ne ſe raſſemblent point ſur les terres étrangeres où elles entrent, puiſqu'alors il n'y a rien à craindre pour le Maître du Pays. Mais ſi l'on s'eſt propoſé de mettre à couvert un autre Voiſin contre les inſultes de ceux qui pourroient venir l'attaquer par nos terres, le Traité eſt enfraint du moment qu'on laiſſe paſſer les Troupes étrangeres, quelque partagées qu'elles ſoient en diverſes bandes.

Pour revenir à notre ſujet, on peut appliquer au terme de *Flotte* les principes que nous avons établi. Suppoſé, par exemple, que dans un Traité il ait été convenu qu'on ne fera pas voile dans une certaine partie de la Mer, ou qu'on n'y laiſſera point faire voile à d'autres, il ne faut pas avoir égard ſeulement au nombre des vaiſſeaux, mais encore à leur grandeur, (f) & aux forces maritimes des Peuples intéreſſez. De même, quand il y a quelque article au ſujet d'une *Place forte*, & que par exemple, on a promis

(b) *Paradox.* VI.

(c) *Ibid.*

(d) Lib. III. Cap. 72.

(e) Lib. III. Tit. II. *De his qui notantur infamia*, Leg. II. §. 1.

(f) Voyez *Florus*, Lib. I. Cap. XI. num. 10. & *Alberic. Gentil. De Jure Belli*, Lib. III. Cap. XX.

(3) *Exercitus dicitur tam legionum, quàm etiam auxiliorum, nec non etiam equitum, ad gerendum bellum multitudo collecta.* De Re Militari, Lib. III. Cap. I. *Edit. Plantin. Scriver.*

(4) Voyez ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 3. *Note* 5. Le même Auteur applique la régle de ce paragraphe à un cas particulier, qui regarde le contenu des Traitez de Paix, *Liv.* III. *Chap.* XX. §. 23.

(5) C'eſt

promis de n'en point conſtruire à une certaine diſtance d'un pays, comme ce mot ſe prend tantôt pour un lieu extrémement fortifié, & qui renferme de beaux Bâtimens, tantôt pour un lieu fortifié, enſorte qu'il peut arrêter une Armée ennemie, quoiqu'il n'y ait que de chetifs Bâtimens; ſi le but du Traité a été de mettre le Pays à l'abri de toute Place forte qui le domine, il eſt clair qu'on viole la Convention, lors même qu'on ne fait qu'un Fort de campagne avec de ſimples Cabanes pour les Soldats (g). Mais (5) ſi un terme eſt diverſement défini par les Maîtres de l'Art, il faut alors pour prévenir les conteſtations exprimer en termes communs le ſens qu'on lui donne dans l'affaire dont il s'agit.

(g) Voyez *Alberic. Gentil.* ubi ſuprà, Cap. XXI.

Les *Conjectures* ſervent, 1. A découvrir le ſens des *termes équivoques.*

§. V. Lors qu'un *Terme*, une *Phraſe*, ou une *Période*, ſont *ſuſceptibles de pluſieurs ſens*, il faut avoir recours aux *Conjectures*, pour découvrir le véritable (1). Par exemple, Tertullien (a) prétend que quand St. Paul (b) dit que *toute Femme qui prie* Dieu, *ou qui prophétiſe, ſans avoir la tête couverte, deshonore ſa tête;* cela ſe doit auſſi entendre des Filles qui ne ſont pas mariées. Il eſt vrai pourtant qu'en Latin le mot qui répond au terme Grec de St. Paul, eſt quelquefois oppoſé à celui de *Vierge;* comme quand Ciceron (c) dit d'une Fiancée: *Demain elle ſera Femme.* Voilà pour les termes ſimples. On trouve un exemple d'un diſcours ambigu dans ces paroles d'un Teſtament rapporté par (2) Ciceron: *Mon Héritier donnera à ma Femme de la Vaiſſelle d'argent peſant cent livres, telle qu'il lui plaira.* Là-deſſus la Veuve demandoit les Vaſes les plus beaux & les plus précieux. Le Fils au contraire qui étoit Héritier, prétendoit qu'elle devoit ſe contenter de ceux qu'il voudroit lui donner. L'équivoque auroit été ôtée ſi le Teſtateur eût dit, *celle que lui*, ou *elle voudra.* Mais par le Droit Romain le Légataire a (3) ordinairement le choix, ce qui eſt auſſi conforme à l'équité naturelle; (4) car il eſt bien vrai que quand on

(a) *De velandis virginibus*, Cap. V.

(b) I. *Corinth. XI.* 5. *& ſuiv.*

(c) *Cras mulier erit.* Apud *Quintilian. Inſtit. Orat.* Lib. VI. Cap. III. pag. 553. *Edit. Burm.*

(5) C'eſt ici, comme le remarque Mr. Titius, *Obſ.* CCCCXIX. une reflexion hors de propos: car il ne s'agit pas de la maniere dont on doit s'exprimer pour donner clairement à connoitre ſa volonté; mais ſeulement des régles qu'il faut ſuivre pour découvrir celle d'autrui, lorſqu'elle eſt exprimée avec quelque obſcurité.

§. V. (1) Les Rhetoriciens, comme le remarquoit ici notre Auteur après Grotius, rapportent tout cela à leur lieu commun de l'*Amphibologie*, ἐξ ἀμφιβολίας. Mais les Dialecticiens diſtinguent entre l'*Amphibologie*, qui eſt, ſelon eux, l'ambiguité des phraſes, ou des diſcours; & l'*Homonymie*, qui ſe dit, lorſque l'équivoque eſt dans un ſeul terme.

(2) *Paterfamilias, cùm Filium heredem faceret, vaſorum argenteorum centum pondo Uxori ſuæ ſic legavit:* Heres meus Uxori meæ vasorum argenteorum pondo centum, quæ volet, dato. *Poſt mortem ejus vaſa magnifica, & pretioſe calata petit à Filio Mater. Ille ſe, quæ ipſe vellet, debere dicit.* Cic. *de Inventione*, Lib. II. Cap. XL. Voyez auſſi *ad Herennium*, Lib. I. Cap. XII. & Quintil. Lib. VII. Cap. XI. page 649. que notre Auteur citoit ici.

(3) Soit que le Teſtateur ait legué une choſe en general, un *Eſclave*, par exemple, ſans le déſigner par ſon nom ou de quelque autre maniere: ſoit que le Legs ſoit accompagné d'une alternative, comme: *Je donne à tel cette Terre, ou l'uſufruit. Quotiens ſervi electio vel optio datur, Legatarius optabit, quem velit. Sed & homine generaliter legato, arbitrium eligendi, quem acciperet, ad Legatarium pertinet.* Digest. Lib. XXXIII. Tit. V. *De optione vel electione legata*, Leg. II. *princip.* & §. 1. *Si ita* Titio *legatur* Fundum Sejanum, vel uſumfructum ejus ſibi habeto: *duo eſſe legata; & arbitrio ejus eſſe, an velit uſumfructum vindicare.* Lib. XXX. Tit. I. *De Legatis* I. Leg. XXXIV. §. 14. Voyez Daumat, *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, II. Partie, Liv. IV. Tit. II. Sect. VII.

(4) Le Droit Romain met ici de la différence entre les *Legs*, & les *Promeſſes* ou *Contracts.* A la verité, ſelon les anciennes régles, le choix appartenoit à l'Heritier, lorſque le Legs étoit fait d'une certaine maniere; ſur quoi on peut voir Mr. Schulting, *in Juriſpr. Ante-Juſtin.* page 655, 656. Mais le nouveau Droit donne toûjours le choix au Légataire, à moins que le Teſtateur n'ait déclaré expreſſément, qu'il veut que l'Héritier choiſiſſe ce qu'il lui plaira. Au lieu que, par l'ancienne & la nouvelle Juriſprudence, celui qui promet, dans un Contract, quelque choſe d'indéterminé, peut le déterminer à ſon gré: *Cùm illa aut illa res promittitur, rei electio eſt, utram præſtet.* Digest. Lib. XXIII. Tit. III. *De jure dotium*, Leg. X. §. 6. En effet, ici il ne tenoit qu'à celui en faveur de qui l'on s'engage, de faire expliquer clairement, & ſans équivoque ni alternative, ſur quel pied il vouloit accepter notre engagement: *Quidquid adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palam verbis exprimitur, omiſſum intelligendum eſt. Ac ferè ſecundùm promiſſorem interpretamur: quia ſtipulatori liberum fuit verba latè concipere.* Digest. Lib. XLV. Tit. I. *De verborum obligat.* Leg. XCIX. Et l'on peut établir pour régle generale, que quand il y a dans un Acte quelque obſcurité ou quelque ambiguité, qui ne peut point être éclaircie par l'intention des Contractans, ou par quelque autre circonſtance; l'interprétation ſe fait contre celui qui devoit s'expliquer.

peut executer en pluſieurs manieres une choſe qui nous eſt preſcrite purement & ſimplement ; il y a lieu de préſumer que celui qui nous impoſe l'Obligation laiſſe en notre liberté de nous en acquitter comme nous le jugerons à propos. Mais lorſqu'il eſt parlé du choix, la clauſe eſt cenſée ajoûtée en faveur de celui qui doit recevoir, de-peur que l'autre ne lui donne quelque choſe de peu de prix. Ainſi dans l'exemple dont il s'agit, les mots, *telle qu'il lui plaira*, auroient été inutiles, ſi le Teſtateur eût voulu que l'Héritier eût le choix. Pour la fameuſe déciſion du Duc *d'Oſſonne*, Vice-Roi de *Naples*, qui adjugea à un Fils toute la Succeſſion de ſon Pere, à l'excluſion des Eccléſiaſtiques que le Teſtateur avoit inſtitué ſes Héritiers avec cette clauſe, *de donner à ſon Fils ce qu'ils voudroient* : elle n'eſt pas tant fondée ſur la rigueur du Droit, & ſur le véritable ſens des termes du Teſtament, que ſur un juſte motif de fruſtrer l'avidité inſatiable de cette ſorte de gens, toûjours alerte pour attraper le bien d'autrui. Il y a quelque choſe de ſemblable dans la réponſe de *Charles Quint*, à l'Ambaſſadeur de *François* I. qui lui demandoit le Duché de *Milan* (d) : *Et moi*, lui dit-il, *je veux préciſément ce que mon Frere le Roi de France veut*. Sur quoi l'Ambaſſadeur ſe hâtant un peu trop, écrivit à ſon Maître, comme ſi l'affaire étoit faite.

(d) *Marſelaër. Legat*. Lib. II. Cap. XXXIX. pag. 593. *Edit. Amſt*. 1644.

2. A concilier les *contradictions apparentes*, ou à faire voir à quoi l'on doit s'en tenir, lorſque la *contradiction eſt manifeſte*.

§. VI. C'est encore par le moyen des Conjectures qu'il faut tâcher de concilier les contradictions apparentes. Je dis les *contradictions apparentes* : car ſi la contradiction eſt manifeſte, (1) les dernieres Conventions dérogent alors aux premieres. En effet,

ou faire expliquer nettement l'autre. Deſorte que, ſi celui-là même qui s'oblige pouvoit & devoit parler clairement, l'autre eſt en droit d'expliquer la clauſe à ſon avantage. *Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi ejus intererit, de certis potius vaſis forte, aut hominibus actum. ibid*. La queſtion eſt de ſçavoir, en tel ou tel cas, quelle des deux Parties eſt tenuë, à ſes riſques & périls, ou de s'expliquer avec la derniere exactitude, ou de prendre garde que l'autre ne laiſſe dans ſes paroles quelque matiere à conteſtation. Selon le Droit Romain, par exemple, on établit pour régle, que les obſcuritez ou les ambiguitez d'un Contract de Vente ou de Loüage, s'interpretent contre le Vendeur ou le Bailleur. *Veteribus placet, pactionem obſcuram, vel ambiguam, venditori, & qui locavit, nocere : in quorum fuit poteſtate Legem apertiùs conſcribere*. Digest. Lib. II. Tit. XIV. *De Pactis*, Leg. XXXIX. Voyez auſſi *Lib*. XVIII. *Tit*. I. *Leg*. XXI. & XXXIII. & *Lib*. L. *Tit*. XVII. *De diverſis Regulis Juris*, Leg. CLXXII. *princip*. C'eſt que, dit-on, ce ſont eux ordinairement qui preſcrivent les conditions du Contract. Voyez les *Interpretat. Jur*. de feu Mr. Averani, Lib. II. Cap. II. La raiſon eſt bonne, quand il s'agit des clauſes qui ont quelque choſe d'onéreux ou de déſavantageux pour l'Acheteur ou le Preneur. Mais pour celles qui ſont onéreuſes ou déſavantageuſes au Vendeur même ou au Bailleur, il faut dire, au contraire, à en juger par le Droit Naturel, que l'interprétation doit ſe faire contre l'Acheteur & le Preneur. Car cette circonſtance de preſcrire les conditions de l'accord, n'a aucune force, qu'en ſuppoſant l'autre que je viens de dire, qui eſt fondée ſur la maniere dont les Hommes ſont faits ordinairement. Chacun cherche ſon avantage, & par conſequent chacun ne s'engage que le moins qu'il peut : Voilà un fait inconteſtable, & qui me fournit ici une régle auſſi certaine que ſimple, une régle unique, & aiſement applicable à tous les cas ; c'eſt que, dans un doute, celui des Contractans au profit duquel ſeroit l'engagement onéreux à l'autre, eſt celui qui devoit s'expliquer ou faire expliquer l'autre avec toute la préciſion néceſſaire pour prévenir les obſcuritez ou les ambiguitez ; & qu'ainſi c'eſt contre lui que doit ſe faire l'interpretation, quel des deux qui ait parlé ou écrit, Mr. Bohmer, ſuivant les traces de Mr. Thomasius, donne une regle approchante, dans une Diſſertation, *De Interpretatione facienda adverſus eum qui clariùs loqui debuiſſet*, publiée en 1700. *Celui-là*, dit-il, *devoit parler plus clairement, qui a vouluſe procurer, par la clauſe obſcure ou ambigue, quelque avantage particulier & extraordinaire, lorſqu'il y a quelque conteſtation ſur cet article*. §. 20. Il tâche même de ramener là toutes les déciſions du Droit Romain, & la Piéce mérite fort d'être luë. Je ne voudrois pourtant pas aſſurer, que les Fragmens de l'ancienne Juriſprudence compoſez d'un melange de tant d'opinions différentes des Juriſconſultes, dont l'une ou l'autre prévaloit ſelon qu'elle avoit le bonheur d'être autoriſée par l'uſage ; fourniſſent ici, comme ſur bien d'autres matieres, des principes bien clairs & bien liez. Pour revenir à mon Auteur, de la maniere dont il s'exprime, il pourroit donner lieu de croire, que ſelon le Droit Romain, le Légataire n'avoit le choix, que quand le Teſtateur en faiſoit mention ; puiſqu'il dit que les principes de ce Droit ſont ici conformes à l'Equité Naturelle, & que cependant il veut avec raiſon, que ſelon le Droit Naturel, la maniere de s'acquitter d'une Obligation indéterminée, ſoit laiſſée à la liberté & à la diſcretion de celui qu'on y aſtreint. Mais c'eſt apparemment une inexactitude d'expreſſion ; d'où l'on ne doit pas inferer d'abord, qu'il eût oublié ce qu'on vient de voir dans la Note precedente.

§. VI. (1) *Ubi duæ contrariæ leges ſunt, ſemper antiquæ obrogat nova*. Tit. Liv. *Lib*. IX. Cap. XXXIV. Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσίν. Digest. *Lib*. I. Tit. IV. *De conſtitutionibus Principum*, Leg. IV. Voyez auſſi le Droit Canon, dans les Decretales, Lib. I. Tit. III. *De Reſcriptis*,

on ne ſauroit vouloir en même tems deux choſes directement oppoſées ; & telle eſt la nature des actes purement arbitraires, ou par leſquels perſonne autre n'a acquis aucun droit, que l'on peut les révoquer entierement par un nouvel acte de la même Volonté. Et en ce cas-là le changement de volonté eſt néceſſaire ou d'une part ſeulement, comme dans l'abrogation des Loix Civiles, dans la révocation d'un Teſtament, & autres choſes ſemblables ; ou des deux côtez comme en matiere de Conventions, qui, à moins que quelque Loi n'en diſpoſe autrement, ne peuvent être annullées que du commun conſentement des Parties (2).

Voici un exemple de deux Loix qui paroiſſent ſe détruire l'une l'autre. (3). *L'une porte, qu'on élévera une Statue dans le lieu des Exercices à quiconque aura tué un Tyran. L'autre défend de mettre aucune Statue de Femme dans le lieu des Exercices. Il ſe trouve qu'un Tyran a été tué par une Femme.* On demande ſi elle doit avoir une Statue ? Pour moi, je la lui adjuge ; car le but de la premiere Loi, eſt de faire enſorte que la Jeuneſſe, que l'on dreſſe à la Vertu dans le lieu des Exercices, ſoit portée par la vûë d'un tel honneur à imiter l'exemple de ceux qui l'ont mérité. Et la raiſon de l'autre eſt, que les Vertus propres & ordinaires des Femmes ne ſont point néceſſaires aux Hommes, ni dignes d'être propoſées pour objet à leur imitation. Mais dans le cas dont il s'agit, la Femme ayant montré un courage au-deſſus de ſon ſexe, elle mérite d'autant mieux une Statue dans le lieu des Exercices, que ſon exemple peut piquer & enflammer davantage d'une noble émulation, que celui des Hommes. CICERON propoſe un autre cas : (4) *Il eſt ordonné par une Loi, que quiconque tuera un Tyran, aura les mêmes récompenſes dont on honore ceux qui ont vaincu aux Jeux Olympiques, & que les Magiſtrats ſeront tenus de lui accorder telle choſe qu'il voudra leur demander. Mais, par une autre Loi, les Magiſtrats devoient faire mourir les cinq plus proches Parens d'un Tyran, qui auroit été tué.* Thébé, *Femme d'* Alexandre, *Tyran de* Phéres *en* Theſſalie, *le tua une nuit qu'elle étoit couchée auprès de lui : après quoi elle demanda pour récompenſe un Fils qu'elle avoit eu du Tyran. Là-deſſus, quelques-uns prétendoient que, nonobſtant la premiere Loi, (5) il falloit faire mourir cet Enfant, ſuivant la derniere.*

A l'égard des contradictions qui ſe trouvent entre deux clauſes d'une même Loi, on allegue entr'autres cet exemple. (6) *La Loi porte, que ſi une Fille a été enlevée, elle*

Cap. III. & un paſſage de PLUTARQUE, qui ſera cité dans la Note 6. ſur le §. 9. L'Auteur citoit tous ces paſſages, à la reſerve du dernier, auquel je renvoye.

(2) Voyez le Chap. précedent, §. 8. De-là il paroît, pour le dire ici en paſſant, (ajoûtoit notre Auteur) de quelle maniere *Lycortas* pouvoit s'excuſer de ce qu'en renouvellant le Traité des *Achéens* avec le Roi d'*Egypte*, il n'avoit pas eu la précaution de marquer précisément lequel des Traitez paſſez on renouvelloit : Car il n'avoit qu'à dire, que tous ces Traitez étoient cenſez renouvellez pour tout ce en quoi ils s'accordoient ; mais qu'à l'égard des articles, au ſujet deſquels ils différoient, il falloit s'en tenir au dernier. Voyez POLYB. *Excerpt. Legat.* XLI.

(3) Tyrannicidæ imago in gymnaſio ponatur : *contra*, Mulieris imago in gymnaſio ne ponatur. *Mulier Tyrannum occidit* QUINTILIAN. *Inſt. Orator.* Lib. VII. Cap. VII.

(4) *Ex contrariis autem Legibus controverſia naſcitur, cùm inter ſe duæ videntur Leges, aut plures diſcrepare, hoc modo : Lex eſt :* QUI TYRANNUM OCCIDERIT, OLYMPIONICARUM PRÆMIUM CAPITO, ET QUAM VOLET SIBI REM A MAGISTRATU DEPOSCITO, ET MAGISTRATUS EI CONCEDITO. *Et altera Lex :* TYRANNO OCCISO, QUINQUE EJUS PROXIMOS COGNATIONE MAGISTRATUS NECATO. Alexandrum, *qui apud* Pheræos *in* Theſſalia *tyrannidem occuparat, Uxor ſua, cui* Thebe *nomen fuit, noctu, cùm ſimul cubaret, occidit. Hæc Filium ſuum, quem ex Tyranno habebat, ſibi præmii loco depoſcit. Sunt qui ex Lege puerum occidi dicant oportere. Res in judicio eſt.* De Invent. Lib. II. Cap. XLIX.

(5) Ils avoient tort ; car outre que la premiere Loi eſt manifeſtement barbare & injuſte ; le but en étoit ſans doute d'exterminer ceux qui touchoient de plus près le Tyran, comme des gens de la part de qui il y avoit à craindre, ou qui pouvoient avoir été ſes complices. Or ici il y a toutes les apparences du monde, que la Mere qui a montré tant de courage & tant de zéle pour le Bien Public, que de tremper ſes mains dans le ſang de ſon Mari, n'auroit garde de vouloir ſauver le Fils, ſi elle le croyoit animé du même eſprit que le Pere.

(6) C'eſt le ſujet de la V. *Controverſe* de SENEQUE :

*aura le choix ou de demander la mort du Raviſſeur, ou de ſe faire épouſer ſans dot. Un homme a enlevé deux Filles, dont l'une veut qu'il meure, & l'autre prétend qu'il l'épouſe.* Pour décider la queſtion, il faut conſidérer le but & l'eſprit de cette Loi. Lorſqu'on permet à une Fille enlevée, de choiſir la mort de ſon Raviſſeur, ce n'eſt pas qu'on croye qu'il s'en trouve pluſieurs qui prennent ce parti-là. Mais le Légiſlateur met cette alternative en faveur des Filles qui ont eu le malheur de ſe laiſſer enlever ou d'être enlevées; afin qu'elles ne ſoient pas réduites à paſſer toute leur vie dans le Célibat; ce qui eſt aſſez à craindre, ſoit parceque le Raviſſeur, après que les premiers feux de ſon amour ſont paſſez, vient quelquefois à ſe dégoûter de ſa conquête, & à mépriſer la pauvre Fille dans la crainte qu'elle n'accorde à d'autres ſans beaucoup de réſiſtance ce qu'elle ne lui a pas refuſé à lui-même, malgré la défenſe des Loix; ſoit parcequ'on ne trouve guéres de gens qui veuillent épouſer une Fille qu'ils ſçavent avoir paſſé par les mains d'un homme paſſionné juſqu'à ce point. Ainſi, dans le cas dont il s'agit, celle qui veut que le Raviſſeur l'épouſe, doit l'emporter ſur l'autre qui demande ſa mort; car outre que cela s'accorde avec le but de la Loi, qui a plus en vûë l'avantage des Filles enlevées, que la punition des Raviſſeurs: une des deux ſe trouve par-là mariée honnêtement; au lieu que, ſi l'on faiſoit mourir le Raviſſeur, l'une & l'autre demeureroit ſans mari. D'ailleurs, on peut faire valoir ici une maxime fort raiſonnable & très-commune, qui eſt, que dans une égalité de raiſons pour & contre, il faut prendre le parti le plus doux.

Quelquefois les termes d'une Loi ne renferment quelque contrarieté qu'en un certain cas particulier. On allegue là-deſſus cet exemple: (7) *La Loi porte, que l'on donne pour récompenſe à un homme qui s'eſt ſignalé par ſa bravoure, ce qu'il demandera. Il s'en trouve deux, qui demandent la même Fille.* Surquoi je dis, que l'on doit donner la Fille à celui qui l'a demandée le premier. Que s'ils l'ont demandée tous deux en même tems, il faut qu'ils tirent au ſort à qui l'aura; car la liberté indéfinie de choiſir, que l'on donne dans cette Loi à un homme qui a fait quelque action de bravoure, doit être entendue avec cette reſtriction tacite (8) que l'on puiſſe le ſatisfaire commodément. Voici un autre exemple, tiré de PHILOSTRATE (9). La Loi dit: *Qu'on puniſſe de mort celui qui excitera une ſédition; mais que celui qui l'appaiſera, ſoit récompenſé. Il ſe trouve que le même qui avoit formé une ſédition, l'a enſuite appaiſée*

*Lex*: RAPTA RAPTORIS AUT MORTEM, AUT INDOTATAS NUPTIAS OPTET. *Una nocte quidam duas rapuit: altera mortem optat, altera nuptias.* Preſque tous les Déclamateurs, dont *Senéque* rapporte des fragmens, vont à condamner à mort le Raviſſeur, comme notre Auteur le remarque ici. Ajoûtons que l'exemple eſt pris d'HERMOGENE, *Partit.* page 17. *Edit. Genev.* 1614.

(7) Je ne ſçai d'où eſt tiré cet exemple. La Loi ſe trouve à la verité dans SENEQUE, *Controverſ.* XXXI. & *Excerpt. Controverſ.* Lib. X. Declam. II. comme auſſi dans AULU-GELLE, *Noct. Attic.* Lib. IX. Cap. XVI. mais du reſte les cas ſont tout-à-fait differens. QUINTILIEN rapporte la Loi ſimplement ſans application à aucun cas particulier, d'où il naiſſe quelque contradiction: *Vir fortis optato, quæ volet.* Inſtit. Orat. Lib. VII. Cap. VII. *page* 642. Voyez auſſi MARIUS VICTORINUS, *in II. Rhetoric. Ciceron* inter *Antiqu. Rhetores Latin.* page 227. *Edit. Pariſ.* 1599.

(8) C'eſt ce que QUINTILIEN donne a entendre: VIR fortis optet, quod volet. *Nego illi dandum quidquid optaverit: non habeo præſcriptionem, ſed tamen voluntates contra verba, præſcriptionis modo utor.* Inſt. Orat. Lib. VII. Cap. V. Il faut rapporter ici un cas, dont nôtre Auteur parloit plus bas, §. 19. & qui viendra mieux ici puiſqu'il regarde la Loi même, dont il s'agit. Un homme qui s'étoit ſignalé par ſa bravoure, a demandé & obtenu, qu'on lui donnât en mariage la Femme d'un autre. Celui-ci ayant depuis fait lui-même quelque action courageuſe, demande en vertu de la Loi, que l'autre lui rende ſa Femme. AUL. GELL. Lib. IX. Cap. 16. Il a tort, dit notre Auteur: car quelque généraux que ſoient les termes, *ce qu'il ſouhaitera*, ou *qu'il demandera*, ils doivent être reſtreints enſorte qu'on ne les étende pas juſqu'à prétendre que le Légiſlateur ait voulu ôter la récompenſe à celui qui l'a & meritée & reçuë.

(9) Ὁ ἄρξας στάσεως, ἀποθνησκέτω, καὶ ὁ παύσας στάσιν, ἐχέτω δωρεάν. ὁ αὐτὸς, καὶ ἄρξας καὶ παύσας, αἰτεῖ τὴν δωρεάν. τὴν δὲ ὑπόθεσιν, ὧδε ἐβραχυλόγησεν. ἐκεῖν, ἔφη, τὶ πρότερον; τὸ κινῆσαι στάσιν. τί δεύτερον; τὸ παῦσαι. δὸς ἂν, ἐφ' οἷς ἠδίκεις, τιμωρίαν: τὴν

La déciſion du Sophiſte Secundus eſt également vive & ſolide : *Il faut commencer*, dit-il à cet homme, *par punir ton crime ; permis à toi après cela, ſi tu peux, de recevoir la récompenſe de ce que tu as fait de bien.*

Dans tous les cas dont nous venons de parler, & autres ſemblables, c'eſt l'obſcurité (10) manifeſte des termes qui oblige d'avoir recours aux conjectures. Mais quelquefois, encore que les termes ſe prennent en un ſens bien différent de celui qu'ils ont dans l'uſage commun, leur véritable ſignification ſe fait d'abord ſentir par des conjectures de la derniere évidence (11). En voici un exemple, que l'on allégue ordinairement. (12) *Il y a une Loi, qui défend aux Etrangers, ſous peine de la vie, de monter ſur les murailles de la Ville. Les Ennemis ayant voulu eſcalader la muraille, un Etranger y eſt monté, & en a jetté quelques-uns en bas.* Faut-il le punir, comme ayant violé la Loi ? Si l'on ſuit la lettre, ou les termes ſeuls de la Loi, l'Etranger eſt perdu : mais ſi l'on entre dans l'eſprit de la Loi & dans l'intention du Législateur, ſurquoi il faut ſans contredit ſe regler, l'Etranger doit être abſous (13) ; car le but de la Loi eſt certainement d'empêcher qu'aucun Etranger ne monte ſur les murailles de la Ville pour en épier le fort & le foible ; ce qui n'a point de lieu dans le cas dont il s'agit (a).

Quelquefois même on trouve de la contradiction où il n'y en a point, parceque l'on s'éloigne du ſens propre des termes, qui eſt néanmoins celui qu'a eu dans l'eſprit la perſonne qui paroît ſe contredire. C'eſt ainſi qu'autrefois, comme Joseph le remarque (b), *Sédécias* ne vouloit pas ajoûter foi aux Prophéties de *Jérémie* & d'*Ezechiel*, (14) dans la penſée qu'ils ſe contrediſoient l'un l'autre ; le premier aſſurant que ce Prince ſeroit mené captif en *Babylone*, & l'autre diſant qu'il *ne verroit point* le païs de *Babylone*. Cependant tout cela s'accordoit parfaitement bien, puiſque *Sédécias* ne fut conduit en *Babylone* qu'après qu'on lui eût fait crever les yeux.

(a) Voyez un autre cas décidé par les mêmes principes dans le *Digeſte*, Lib. XXXIX. Tit. IV. *De publicanis & vectigalibus*, &c. Leg. XV.

(b) *Antiq. Jud.* Lib. X. Cap. X.

On tire des *Conjectures*, 1. *De la nature de l'affaire, dont il s'agit.*

§. VII. Il y a, ſelon Grotius, trois chefs principaux d'où ſe tirent les Conjectures que l'on peut avoir de la volonté ou de l'intention de celui qui parle, lorſque les termes dont il s'eſt ſervi ſont obſcurs ou équivoques. 1. La *nature même de l'affaire dont il s'agit.* 2. Les *effets* ou les ſuites qui reſulteroient d'un certain ſens. 3. Et enfin *la liaiſon qu'ont les termes avec d'autres paroles de la même perſonne*, qui ſont aſſez claires.

A l'égard du premier chef, c'eſt une maxime commune (1) des Juriſconſultes, que *les termes doivent être expliquez conformément à la nature du ſujet dont il s'agit.* En effet, il y a lieu de préſumer que celui qui parle a toûjours eu devant les yeux l'affaire dont il étoit queſtion, & qu'ainſi tout ce qu'il dit s'y rapporte. Par exemple, lorſqu'un

ἐφ' οἷς εὖ πεποίηκας δωρεάς, εἰ δύναςαι, λάβε. Philostrat. *de Vitis Sophiſtarum*, in *Secundo*, Lib. I. *in fine*. Cap. XXVI. *Edit. Olear.* 1709.

(10) Dans les exemples que notre Auteur vient d'apporter de contradictions apparentes, les termes ne ſont nullement obſcurs ; ils ſont très-clairs au contraire. Mais l'embarras vient de ce qu'ils ne renferment point par eux-mêmes les exceptions que le Légiſlateur auroit faites à la Loi, s'il eût prévu certains cas, & qui doivent être tirées de quelque autre choſe que des paroles priſes à la lettre & dans toute leur étenduë.

(11) C'eſt ajoûtoit notre Auteur, ce que les Rhéteurs Grecs rapportent à leur Lieu commun, περὶ ῥητοῦ καὶ διανοίας : que les Latins ont traduit, *ex ſcripto & ſententia ſcripti*, ou comme parlent Quintilien, Lib. VII. Cap. VI. & l'Auteur de la *Rhétorique adreſſée à* Herennius, Lib. I. Cap. XI. *ex ſcripto, & voluntate ſtatus.*

(12) Peregrinus si murum adscenderit, capite puniatur. *Cùm hoſtes murum adſcendiſſent, peregrinus eos depulit. Petitur ad ſupplicium.* Quintil. Lib. VII. Cap. VI. Cet exemple eſt auſſi propoſé par Hermogene, Partit. Orat. *Sect.* XI.

(13) Il faut ſans doute, en pareil cas, expliquer de la même maniere la Loi du Droit Romain, qui défend ſur peine de la vie, de ſauter pardeſſus les murailles de la Ville, ou d'y monter avec des Echelles. *Si quis violaverit muros, capite punitur : Sicuti ſi tranſcendat ſcalis admotis, vel aliâ qualibet ratione.* Digest. Lib. I. Tit. VIII. *De diviſione rer.* Leg. ult.

(14) Voyez Jerem. XXXVIII. 17. *& ſuiv.* & Ezechiel XII, 13.

§. VII. (1) *Quotiens idem ſermo duas ſententias exprimit, ea potiſſimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior eſt.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *De diverſ. Reg. Jur.* Leg. LXVII. Voyez là-deſſus le Commentaire de Jaques Godefroi.

Vendeur (2) promet à l'Acheteur de le maintenir en paiſible jouïſſance de la choſe vendue, il n'eſt point cenſé pour cela s'engager à le garantir des pures voyes de fait, & de toute violence hors des procédures de la Juſtice. On peut, à mon avis, appliquer la même régle au Vœu de (a) *Jepthé ;* auſſi-bien (b) qu'à celui d'*Agamemnon ;* car quiconque parle de faire un *ſacrifice*, eſt cenſé ſuppoſer tacitement une choſe qui ſoit de nature à pouvoir être ſacrifiée. (c) De même, ſi l'on eſt convenu d'une Trêve de trente jours, le mot de *Jour* ne doit pas s'entendre ſeulement du *Jour Naturel*, ou du tems que le Soleil demeure ſur nôtre Horiſon ; mais du *Jour Civil*, ou d'un eſpace de vint-quatre heures égales. Et c'étoit une miſérable chicane que celle de *Cléoméne* (d), qui ayant fait trêve pour quelques jours avec ceux d'*Argos*, & les trouvant endormis le troiſiéme jour ſur la bonne foi du Traité, en tua une partie, fit les autres priſonniers ; après quoi, comme on lui reprochoit ſon parjure, il s'excuſa ſur ce qu'il n'avoit point compris les nuits ſous le terme de *Jours*. Ainſi, le mot d'*Armes* ſignifiant tantôt les inſtrumens dont on ſe ſert à la Guerre, tantôt les Soldats qui en ſont pourvûs, il faut ſe déterminer à l'un ou à l'autre de ces ſens ſelon la nature de l'affaire dont il s'agit. Si, par exemple, on eſt convenu *de ne point prendre les armes* contre un tiers, il eſt clair qu'on entend par-là *lever des Soldats, & envoyer une Armée contre lui*. Mais ſi dans une Capitulation il eſt dit, *que la Garniſon livrera les armes, ou les laiſſera dans la Place*, on voit bien que cela veut dire que les Soldats en ſortant n'emporteront point avec eux *les inſtrumens dont on ſe ſert à la Guerre* (e). C'eſt encore une vaine ſupercherie, que celle des *Platéens* (f), qui ayant promis aux *Thébains* de leur rendre leurs Priſonniers, les leur renvoyerent morts : car dans un pareil Traité on entend parler (3) de gens en vie. Il faut dire la même choſe de l'action de ce *Romain* (g), qui après avoir vaincu le Roi *Antiochus*, & ſtipulé de lui qu'il donneroit la moitié de ſes Vaiſſeaux, les fit tous ſcier par le milieu, & de cette maniere le dépouilla de toute ſa Flotte. *Rhadamiſte*, par une ſemblable chicane, accompagnée de parjure & de cruauté, après (h) avoir juré à *Mithridate* de ne le faire mourir ni par le fer, ni par le poiſon, le fit étouffer ſous un tas de couvertures.

§. VIII. Les * *effets* & les *ſuites* qui réſulteroient d'un certain ſens, ſervent auſſi ſouvent à découvrir le véritable. Car quand les termes, pris abſolument & à la lettre, rendroient un acte nul & ſans effet, ou méneroient à quelque choſe d'abſurde ; il faut alors s'éloigner un peu de la ſignification ordinaire (1), autant qu'il eſt néceſſaire pour éviter de tels inconvéniens. On en trouve un exemple dans le Traité conclu (a) entre *Louïs XII.* Roi de *France*, & *Jean Bentivoglio*, qui étoit maître de *Bologne :* car le

(a) *Juges XI*, 31. *& ſuiv.* ſur quoi voyez le Commentaire de Mr. *Le Clerc.*

(b) *Cicer. de Offic.* Lib. III. C. XXV.

(c) Voyez *Everhard. Loc. Legal. XL. De materia ſubjecta.*

(d) *Plutarch. Apophth. Lacon.* p. 223. A. Voyez une ſemblable chicane des *Thraces*, dans *Strabon*, Geogr. Lib. IX. p. 401. *Edit. Pariſ.* (616. *Amſt.*) *Herodote*, Lib. II. Cap. 133. rapporte une raiſon approchante, dont *Mycerinus*, Roi d'*Egypte*, ſe ſervoit pour donner le démenti à un Oracle.

(e) Voyez *Alberic. Gentil. de Jure Belli*, Lib. III. Cap. 20.

(f) *Thucydid.* Lib. II. Cap. V. VI.

(g) *Valer. Maxim.* Lib. VII. Cap. III. *num.* 4. *Tite Live*, Lib. XXXVIII. Cap. 38. ne dit rien de cela.

(h) *Tacit. Annal. XII*, 47.

* 2. Des *Effets*.

(a) *Guicciardin.* Hiſt. Lib. V. pag. 263. de l'Original, *Edit.* de *Geneve*, 1645.

(2) *Expulſos vos de fundo per violentiam à* Nerone, *quem habere jus in eo negatis, profitentes, nullam vobis adverſus eum, ex cujus venditione fundum poſſidetis, actionem competere probatis.* Cod. Lib. IV. Tit. XLIX. *De actionibus empti & venditi*, Leg. XVII. Notre Auteur citoit encore ici *Lib.* XIX. Tit. II *Locati, conducti*, Leg XV. §. 4. & *Lib.* XXXIX. *Tit.* II. *De damno infecto*, &c. *Leg.* XLIII. Mais voyez ce que j'ai dit ſur la Loi XV. §. 4. *Locati*, &c. dans mes Notes ſur Grotius, Liv. II. Chap. XVI. §. 5. Note 3.

(3) C'eſt ainſi qu'Ovide dit, dans un paſſage que notre Auteur citoit, ſans dire de qui il eſt :

*Hector erat tunc cùm bello certabat ; at idem*
*Tractus ab Hæmonio non erat Hector equo.*
Triſt. *Lib. III. Eleg.* XI, 27, 28.

Au reſte notre Auteur rapportoit encore ici une vaine chicane de *Péricles*, que l'on trouvera dans Grotius, §. 5. *ubi ſuprà ;* & une autre des *Campaniens*, dans *Polyæn.* Strateg. Lib. VI. Cap. XV. comme auſſi ce que *Xiphilin* raconte de deux Soldats, *in Caracalla, ad ann.* 217. & *Quintilien*, d'un Magiſtrat qui prit trop à la lettre les paroles d'une Loi, où il y avoit le mot de *ferrum*, Inſt. Orat. Lib. VIII. Cap. VI. pag. 640. *Edit. Burm.*

§. VIII. (1) C'eſt ce que diſent les Juriſconſultes Romains, à l'égard des Loix : *In ambigua voce Legis ea potius accipienda eſt ſignificatio, quæ vitio caret : præſertim cùm etiam voluntas Legis ex hoc colligi poſſit.* Digest. Lib. I. Tit. III. *De Legibus, & Senatuſconſultis*, &c. Leg. XIX. Ciceron dit auſſi, qu'il n'y a point de Loi, que l'on doive préſumer vouloir obliger à quelque choſe d'inutile ou d'injuſte : *Nullam eſſe Legem, quæ aliquam rem inutilem, aut iniquam fieri velit.* De Invent. Lib. II. Cap. XLVII.

premier déclara, qu'il prenoit ſous ſa protection cette Ville, avec celui qui la gouvernoit, *ſans préjudice des droits du Pape ;* ſur quoi il chicanoit enſuite d'une autre maniere, *en vrai homme de Palais plutôt qu'en Roi*, comme le remarque (b) GUICCIARDIN. C'eſt ainſi que (c) les *Athéniens*, après avoir promis de ſortir des terres des *Béociens*, y reſterent néanmoins, ſoûtenant que celles qu'occupoit leur Armée n'appartenoient point aux *Béociens ;* comme ſi par *les terres des Béociens* on n'avoit pas dû entendre tout ce qui étoit renfermé dans leurs anciennes limites. *Alexandre le Grand* uſa d'un pareil ſubterfuge pour ſe diſpenſer d'écouter les propoſitions de paix que lui faiſoit *Darius*. Ce Prince lui offroit tout le Païs qui eſt entre l'*Helleſpont* & l'*Euphrate ;* & comme ſes Ambaſſadeurs en portoient la parole, *Alexandre* leur répondit (d) : *Il me donne, dites-vous, tout ce qui eſt au-delà de l'*Euphrate. *Et où eſt-ce donc que vous me parlez ? Vous ſemble-t-il point que je ſuis au-deçà ? Et à ce compte n'ai-je pas déja franchi les bornes de cette grande dot qu'il me promet, & que vous faites ſonner ſi haut ? Chaſſez-moi premierement d'ici, ſi vous voulez que j'avoue que ce que vous me donnez eſt à vous.* Beau raiſonnement ! Comme ſi c'étoit tout un d'occuper un Païs avec une Armée qui s'en eſt emparée par force, ou de le poſſeder déſormais paiſiblement par une ceſſion de l'ancien Propriétaire. Le même *Louis XII.* dont nous avons déja parlé, étant convenu avec un Légat du Pape, que la nomination aux Evêchez qui ſe trouveroient vacans en *France* par la mort de leur Prélat, appartiendroit au Roi ; il arriva, quelque tems après, qu'un Evêque de *France* mourut à *Rome*. Auſſitôt le Pape nomma un ſucceſſeur à cet Evêché, & le Roi de ſon côté en fit autant : ce qui produiſit entr'eux un grand démêlé. Pour moi, j'aurois prononcé, ſans balancer, en faveur de *Louis XII.* (e) ; car, afin qu'un Bénéfice puiſſe être cenſé vacant, il n'importe en quel lieu ſoit mort le Bénéficier, & ſi l'interprétation ſubtile du Pape avoit eu lieu, on auroit pû éluder le droit du Roi en pluſieurs manieres. On raconte (f) qu'à *Bologne* il étoit défendu autrefois, ſous de très-rigoureuſes peines de tirer du ſang de qui que ce fût dans les Rues. Il arriva qu'un pauvre Barbier ſaigna un jour quelqu'un dans la Rue ; ſurquoi étant accuſé il courut grand riſque d'être puni, parceque la Loi portoit que ces défenſes devoient s'entendre dans toute leur étendue, & ſelon le ſignification propre & littérale des termes, ſans explication ni exception quelconque. Il y a une Déclamation de QUINTILIEN, qui roule ſur le cas ſuivant. (2). *Un homme riche inſtitua héritier univerſel de tous ſes biens, un de ſes Amis, avec ordre de donner à un autre Ami, qui étoit pauvre, autant que celui-ci lui donneroit, à lui*

(b) *Idem*, p. 284, 285.

(c) *Thucyd.* Lib. IV. Cap. XCVIII.

(d) *Q. Curt.* Lib. IV. Cap. XI J'ai ſuivi la verſion de *Vaugelas*.

(e) Voyez *Marſelaër*, *Legat.* Lib. I. Cap. XXXVIII. *pag.* 222.

(f) *Everhard. Loc. Legal.* VIII. *ab abſurdo*, pag. 144.

(2) *Pauper, & dives, amici erant. Dives teſtamento alium amicum omnium bonorum inſtituit heredem ; pauperi juſſit dari id quod ille ſibi teſtamento daret. Apertæ ſunt tabulæ pauperis : omnium bonorum inſtituerat heredem. Petit totam divitiis hereditatem. Ille, qui ſcriptus eſt heres, vult dare tantum quantum in cenſum habet pauper.* Declam. CCCXXXII. PIERRE AIRAULT, dans une longue Note ſur cette Déclamation, décide en faveur du Pauvre, auſſi-bien que le Déclamateur, & il ſe fonde ſur les principes du Droit Romain, ſelon leſquels on peut fort bien prendre ce parti. Mais à juger de la choſe en elle-même, la déciſion de notre Auteur en faveur de l'Héritier inſtitué, paroit plus raiſonnable. Si le pauvre avoit ſeulement inſtitué le Riche Héritier du quart, ou de la moitié de ſes biens, on pourroit alors préſumer que le Riche a voulu que ſon Héritier donnât au Pauvre une égale portion de l'Héredité, quoique fort diſproportionnée pour la valeur ; parcequ'il lui reſteroit encore aſſez dequoi ſoutenir avantageuſement le perſonnage d'Héritier. Mais il n'y a aucun lieu de croire que le Teſtateur qui inſtituoit un autre ſon Ami, auſſi-bien que le Pauvre, & peut-être plus, ait jamais prétendu que cette raiſon d'amitié eût un ſi grand effet par rapport au Pauvre, qu'elle demeurât entierement infructueuſe à l'égard de l'autre inſtitué clairement ſon Héritier univerſel. Et en général un Fideïcommis, qui ne laiſſe au Fideïcommiſſaire qu'un vain titre d'Héritier, ne doit pas ſe préſumer ſans de grands indices. Tout ce que le Pauvre pourroit prétendre, ſuppoſé qu'il parût d'ailleurs que l'intention du Riche a été de faire parvenir à lui une partie conſidérable de l'Heredité, à proportion de celle pour laquelle il ſe trouveroit lui-même inſtitué dans ſon Teſtament ; c'eſt, à mon avis, que l'Hérédité ſe partageât entre l'Héritier inſtitué & le Pauvre ; n'y ayant alors d'autre moyen de déterminer la portion de celui-ci.

*Teſtateur, par ſon propre Teſtament. Après la mort du Riche, on ouvrit le Teſtament du Pauvre, qui étoit encore en vie, & il ſe trouva qu'il avoit inſtitué le Riche ſon héritier univerſel. Là-deſſus le Pauvre demande toute la Succeſſion du Riche ; mais l'Héritier du Riche ne veut donner qu'autant que le Pauvre a vaillant.* Et cet Héritier inſtitué pouvoit, à mon avis, alléguer entr'autres une raiſon très-forte pour faire valoir ſa cauſe, c'eſt qu'autrement l'inſtitution n'auroit eu aucun effet en ſa faveur. C'eſt-là auſſi le principal fondement de la *Loi* (3) *Falcidienne*, & du (4) *Sénatuſconſulte Pégaſien*, qui aſſignoient toûjours à l'Héritier le (5) quart de la Succeſſion : car de cette maniere on pourvoyoit en même tems à l'intérêt de l'Héritier, & à celui du Légataire, ou du Fidéïcommiſſaire.

Pour ce qui regarde l'interprétation des Loix Civiles, il y a là-deſſus une (6) belle maxime de CICERON : *Toutes les Loix*, dit-il, *doivent être rapportées à l'avantage de l'Etat, & par conſéquent il faut les expliquer par les vûës de l'utilité publique, plûtôt que par le ſens propre & littéral des termes. . . Le but des Légiſlateurs n'étoit pas d'établir des choſes préjudiciables à l'Etat ; & quand ils auroient voulu le faire, ils ſçavoient bien qu'on rejetteroit de telles Loix, auſſi-tôt qu'on en auroit apperçu les inconvéniens. En effet ſi l'on ſouhaite de maintenir les Loix, ce n'eſt pas à cauſe d'elles-mêmes, mais pour le bien de la République, que l'on croit ne pouvoir être gouvernée mieux que par de bonnes Loix.*

3. De la *liaiſon ou la conformité des termes avec d'autres employez, ou dans la ſuite même du diſcours, ou en pareilles circonſtances.*

§. IX. UN troiſiéme Chef, qui comme je l'ai dit, fournit de grandes lumieres pour l'intelligence des termes obſcurs, c'eſt la comparaiſon qu'on en fait avec d'autres paroles qui y ont quelque rapport, ſoit qu'elles ſe trouvent dans la ſuite (1) même du diſcours, ou dans quelque autre (2) acte, où il s'agit d'une affaire de ſemblable nature ; car,

(3) Voyez ci-deſſus, Liv. III. Chap. IV. §. 5. *Note* 1.

(4) Lorſque les *Fidéïcommis*, qui dépendoient auparavant de la bonne foi de l'Héritier inſtitué avec charge de rendre à un autre la ſucceſſion, eurent été enfin autoriſez par le Droit Romain : l'Héritier, qui avoit ſatisfait à la volonté du Teſtateur ne laiſſoit pas pour cela d'être tenu pour Héritier, & comme tel d'être expoſé aux demandes des Créanciers ou Legataires du Défunt : ce qui faiſoit, que pluſieurs aimoient mieux repudier l'Heredité, que de l'accepter à ce prix-là. Pour remedier à un tel inconvenient, qui rendoit inutiles les diſpoſitions des Teſtateurs, on fit du tems de *Néron*, ſous le Conſulat de *Trebellius Maximus* & du Philoſophe *Séneque* un Sénatuſconſulte, qui portoit, qu'un Héritier Fideïcommiſſaire, qui étoit obligé de rendre la Succeſſion, ſeroit déchargé de toutes les dettes & charges, qui auſſi-bien que les droits, noms & actions, paſſeroient avec les biens à celui en faveur de qui le Fideïcommis étoit fait. Mais comme avec tout cela les Héritiers directement inſtituez ne retiroient que peu ou point de profit de l'Heredité qu'il leur falloit rendre ; & qu'ainſi on ne trouvoit preſque perſonne qui voulût s'embarraſſer d'un Fideïcommis : il fut ordonné par un autre Senatuſconſulte fait du tems de *Veſpaſien*, ſous le Conſulat de *Pégaſe* & de *Puſion*, que celui qui ſeroit obligé de rendre la Succeſſion, ou une partie, en pourroit retenir le quart. L'Empereur JUSTINIEN réunit enſuite ces deux Senatuſconſultes, qui auparavant avoient été diſtinguez par divers effets de droit, & appellez du nom de leur Auteur ; le premier *Senatuſconſulte Trébellien*, & l'autre *Senatuſconſulte Pégaſien*. Le nom du plus ancien, ou du *Trébellien*, demeura ſeul ; & de-là vient qu'on appelle la *quarte Trébellianique*, ou ſimplement la *Trebellianique*, ce quart de l'Heredité qui doit reſter à l'Héritier chargé de la rendre. Voyez INSTITUT. Lib. II. Tit. XXIII. *De fideicommiſſariis hereditatibus*, &c. & DIGEST. Lib. XXXVI. Tit. I. *Ad Senatuſconſultum Trebellianum* ; comme auſſi les *Loix Civiles dans leur ordre naturel* par DAUMAT, II. Part. Liv. V. Tit. IV.

(5) Notre Auteur dans toutes les Editions, dit ici *dodrandem*, les *trois quarts* ; au lieu de *quartam partem* ou *quadrantem*. Je ne devois pas laiſſer dans le Texte une inadvertence ſi manifeſte. Au reſte, il faut remarquer, que dans le Droit Romain la Quarte Trebellianique eſt ſouvent appellée *Falcidie* ; parcequ'en effet la Trebellianique eſt à-peu-près, à l'égard de l'Héritier chargé d'une Subſtitution, ce qu'eſt la Falcidie à l'égard de l'Héritier pur & ſimple. Voyez, par exemple, DIGEST. Lib. XXVIII. Tit. VI. *De vulgari & pupillari ſubſtitutione*, Leg. XLI. §. 3.

(6) *Omnes Leges, Judices, ad commodum Reipublicæ referre oportet, & eas ex utilitate communi, non ex ſcriptione quæ in literis eſt, interpretari. . . Neque enim ipſi* [qui Leges ſcripſerunt] *quod obeſſet, ſcribere volebant ; & ſi ſcripſiſſent, cùm eſſet intellectum, repudiatum iri Legem intelligebant. Nemo enim Leges Legum cauſa ſalvas eſſe vult, ſed Reipublicæ, quod ex Legibus omnes Rempublicam optime putant adminiſtrari.* De Inventione, *Lib.* I. Cap. XXXVIII.

§. IX. (1) C'eſt une maxime judicieuſe du Droit Romain, que chaque partie d'une Loi doit être interpretée par la teneur de la Loi toute entiere. *Incivile eſt, niſi tota Lege perſpecta, una aliqua particula ejus propoſita, judicare, vel reſpondere.* DIGEST. Lib. I. Tit. III. *De Legibus*, &c. Leg. XXIV. Voyez auſſi, au ſujet des Conventions, Lib. XLV. Tit. I. *De verbor. obligat.* Leg. CXXXIV. §. 1.

(2) Les mêmes Juriſconſultes remarquent auſſi, que l'on

car, comme dans un doute, on préſume que chacun eſt d'accord avec lui-même; quand quelqu'un s'eſt (3) clairement expliqué dans un autre endroit & dans un autre-tems, il y a lieu de croire qu'on doit prendre au même ſens ce qu'il dit d'obſcur ou d'ambigu au ſujet d'une choſe toute ſemblable; à moins qu'il ne paroiſſe manifeſtement, qu'il a changé de ſentiment là-deſſus. Lorſqu'on ſtipule de quelqu'un, *qu'il nous donnera du Blé*, ſans ajoûter combien, ni de quelle ſorte, c'eſt, ſelon les Juriſconſultes Romains, (4) une Stipulation imparfaite. Mais, s'il paroît par un traité précédent qu'on a eu dans l'eſprit une certaine quantité & une certaine ſorte de Blé (5), cela doit valoir tout de même que s'il étoit formellement exprimé dans le Contract préſent. Le Duel de *Pâris* & de *Ménélas* nous fournit encore ici un exemple remarquable (a). Ces Princes étoient convenus enſemble, qu'*Hélene* demeureroit au Vainqueur. *Pâris* ſe ſentant trop foible, prit la fuite, & laiſſa le champ de bataille à ſon Adverſaire. Là-deſſus *Agamemnon* déclara *Ménélas* vainqueur; jugement qui ſemble auſſi approuvé (b) par *Jupiter*. On peut dire, pour le confirmer, qu'il faut avoir plus d'égard à la penſée de celui qui fait une propoſition (c), qu'à l'intention de celui qui l'accepte, lequel n'a aucun droit d'y rien ajoûter. Or *Pâris* n'avoit point entendu parler préciſément de la mort de l'un des deux Combattans (d), mais ſeulement de la victoire; puis qu'*Hélene* devoit être à celui qui auroit le deſſus, c'eſt-à-dire, à celui qui vaincroit: & il arrive ſouvent qu'un homme de cœur eſt tué par un lâche, ſans que celui-ci puiſſe paſſer pour vainqueur. D'autres décident néanmoins en faveur de *Pâris*, fondez ſur ce principe, qui en matiere d'Ordonnances, de Loix, de Traitez, de Conventions, les dernieres choſes qui ont été concluës dérogent (6) aux précédentes. Or la déclaration d'*Agamemnon*, qui exprimoit clairement la mort (e) du Vaincu, étoit poſtérieure; & l'on voit que *Priam* même (f) entendoit ainſi la choſe. D'ailleurs, le premier Traité étoit renfermé dans le dernier, mais non pas au contraire le dernier dans le premier; car quiconque tue ſon homme, eſt vainqueur; mais tout Vainqueur n'a pas tué ſon homme. Enfin, *Agamemnon* ne fit qu'expliquer la propoſition (g) d'*Hector*, il n'y changea rien, & il y ajoûta ſeulement la clauſe la plus conſidérable, qui faiſoit conſiſter la Victoire à tuer ſon Ennemi. En effet, c'eſt le ſeul moyen de remporter une pleine victoire; tous les autres avantages laiſſent le ſuccès du combat douteux. Concluons donc, avec (7) *Plutarque*, que cet expédient devoit être préféré, comme le moins ſu-

(a) *Iliad.* Lib. III. & IV.

(b) Iliad. IV. verſ. 13.

(c) *Plutarch. Sympoſiac.* Lib. IX. Quæſt. XIII. Voyez ci-deſſus Liv. III. Chap. VI. §. 15. *Note* 3.

(d) Iliad. III, 71.

(e) *Ibid.* verſ. 281.

(f) *Ibid.* verſ. 309.

(g) *Ibid.* verſ. 91, 92. où il ne fait que repéter ce qu'avoit dit *Pâris*.

l'on explique les Loix les unes par les autres, les anciennes par les nouvelles, & les nouvelles, au contraire par les anciennes; à moins que les dernieres n'ayent manifeſtement abrogé quelque choſe des précedentes. *Non eſt novum, ut priores Leges ad poſteriores trahantur.... Sed & poſteriores Leges ad priores pertinent: niſi contrariæ ſint: idque multis argumentis probatur.* DIGEST. Lib. I. Tit. III. *De Legibus*, Leg. XXVI. & XXVIII. Au reſte, Mr. HERTIUS fait ici une plaiſante bevuë. Comme l'Auteur dit, *cum illis* LOCIS *ubi idem de ſimili agit materia*; il cite la-deſſus, avec un *car*, une Loi qui porte, que quand l'intention des Contractans ne paroît pas bien, on ſuit ce qui ſe pratique dans le Pays où ils traitent; comme s'il s'agiſſoit ici du lieu du Contract. *Aut, ſi non adpareat quid actum eſt erit conſequens, ut id ſequamur, quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur.* DIGEST. Lib. LI. Tit. XVII. *De Reg. Jur.* Leg. XXXIV. La régle en elle-même eſt ailleurs d'un grand uſage, & d'une grande étenduë.

(3) CICERON remarque très-bien, que pour découvrir le ſens d'un Ecrit, il faut examiner les autres Ecrits de l'Auteur, ſes actions, ſes paroles, ſes ſentimens, ſa conduite. *Quæ in ſententia Scriptor fuerit, ex ceteris ejus ſcriptis, factis, dictis, animo, atque vita ejus ſumi oportebit.* De Invent. Lib. II. Cap. XL. L'Auteur citoit ce paſſage.

(4) *Imperfecta erit ſtipulatio..... ſi quid pondere, numero, menſurâ continetur, ſine adjectione ponderis, numeri, menſuræ ſtipulatus eſſem.* DIGEST. Lib. XLV. Tit. I. *De verbor. obligat.* Leg. CXV. *princip.*

(5) *Triticum dare oportere ſtipulatus eſt aliquis. Facti quæſtio eſt, non juris. Igitur ſi de aliquo tritico cogitaverit, id eſt, certi generis, certæ quantitatis: id habebitur pro expreſſo.* Ibid. *Leg.* XCIV. L'Auteur renvoye ici à ZIEGLER, ſur GROTIUS, Lib. II. Cap. XVI. §. 7.

(6) Ἔν τε δόγμασι καὶ νόμοις, ἔν τε συνθήκαις καὶ ὁμολογίαις, κυριότερα τὰ ὕστερα νομίζεται καὶ βεβαιότερα τῶν πρώτων. *Plutarque* dans l'endroit cité à la marge, pag. 742. D. *Edit. Wechel.*

(7) Ὥσπερ οὖν ἐν ταῖς ἀληθιναῖς ἀντινομίαις οἱ δικασταὶ τῷ μηδὲν ἀμφισβητήσιμον ἔχοντι προσί-

jet à conteſtation, par la même raiſon, que dans un conflict de deux Loix contraires, les Juges ſe déterminent du côté où il y a quelque raiſon évidente.

Comment on peut découvrir le ſens d'une Loi, ou d'une Convention, par la conſidération des *motifs du Légiſlateur, ou des Contractans.*

§. X. Une autre choſe qui eſt ici d'un grand poids, c'eſt ce qu'on appelle *la raiſon de la Loi*, ou les motifs & les vûës qui ont porté le Légiſlateur à faire un tel réglement (1); car, ſelon la maxime commune, *du moment que la raiſon de la Loi ceſſe, la Loi tombe d'elle-même.* Les conjectures qui ſe tirent de là, ſont extrêmement fortes, lorſqu'on eſt aſſuré que c'eſt la ſeule choſe qui ait déterminé la Volonté du Légiſlateur, ou des Contractans; car ce principe a lieu en matiere de Conventions, auſſi-bien qu'en matiere de Loix. Mais quand il y a pluſieurs raiſons, il ne s'enſuit pas, que ſi l'une ne ſubſiſte plus, les autres ceſſent dès-lors, ou ayent moins de vertu pour maintenir la Loi dans toute ſa force. Quelquefois même la Volonté d'un Supérieur, par un pur effet de ſa Liberté, prend un tout autre parti que ne ſemble le demander une raiſon générale (2); & alors elle tient lieu de raiſon par rapport aux perſonnes qui dépendent de lui. Deſorte que, quoiqu'en ſe déterminant de cette maniere il péche ſouvent contre les Loix de la Prudence, ſa volonté clairement manifeſtée ſuffit néanmoins pour impoſer l'Obligation de s'y conformer.

De ce que nous avons dit, on infére avec raiſon, qu'une Donation (3) en faveur de Mariage eſt nulle, enſorte qu'on peut la révoquer ou ſe faire rendre ce que l'on a déja donné, ſi les nôces ne s'enſuivent pas; ſurtout lorſque le Mariage ſe rompt par la faute du Donataire. Hors ce cas-là, dans les Donations entre-vifs, le motif qui oblige à donner (4) ne tient pas lieu de condition, dont le défaut ait la force d'annuller la Donation; à moins que cela n'ait été dit formellement, ou réglé (a) par les Loix, comme elles le font en certains cas. Ainſi les *Olynthiens* n'étoient pas malfondez à refuſer de rendre les terres dont *Amyntas*, Roi de *Macédoine*, leur avoit fait préſent (b), lorſqu'après une victoire remportée ſur lui par les *Illyriens*, il abandonna ſes Etats, ne ſe voyant plus en état de les défendre.

(a) Voyez *Cod.* Lib. VIII. Tit. LVI. *De revocandis donationibus.*

(b) *Diod. Sicul.* Lib. XV. Cap. XIX.

Ciceron raiſonne ſur le même fondement, dans ſon Plaidoyer pour *Cécina*, qui avoit obtenu un (5) Arrêt Interlocutoire, où il étoit dit entre autres choſes, *Que le Demandeur* (6) *ſeroit par proviſion remis en poſſeſſion de l'héritage dont il avoit été chaſſé*

θενται, τὸ ἀσαφέςερον ἐάσαντες· ὕτως ἐνταῦθα τὴν ἀποφρασιςον καὶ γνώριμον τέλος ἄγυσαν ὁμολογίαν, βεβαιοτέραν. χρὴ καὶ κυριοτέραν νομίζειν. *Idem*, pag. 743. A.

§. X. (1) Notre Auteur faiſoit ici, après Grotius, une remarque, qui n'a point de lieu en notre Langue, c'eſt que quelques-uns confondent mal-à-propos la *raiſon de la Loi*, avec ce que les Latins appellent *mens Legis*. Car *mens Legis* n'eſt autre choſe que le véritable ſens de la Loi, & *ratio Legis* eſt un des moyens ou des indices qui ſervent à découvrir ce véritable ſens. Voyez, au reſte, ce que je dirai ci-deſſous §. 19. *Note* 5. ſur les cas où la Loi doit être reſtreinte, à cauſe que la raiſon qui a efficacement déterminé le Légiſlateur ou les Contractans, n'a point de lieu.

(2) L'Auteur s'exprime ainſi, dans ſon Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen : Souvent même, quoiqu'on ne voye pas bien la raiſon de la Loi, la volonté du Légiſlateur ſuffit pour impoſer à ceux qui dépendent de lui, l'obligation de s'y conformer.* Liv. I. Chap. XVII. §. 8. Mais ce qu'il dit ici va plus loin, & regarde les cas, où encore qu'on voye une raiſon generale pour laquelle la Loi eſt établie, & que cette raiſon n'y convienne point du tout; on eſt aſſuré d'ailleurs que le Légiſlateur veut qu'on ne faſſe aucune exception, ſous prétexte d'Equité. Car alors il faut dire, avec les Juriſconſultes : Cela eſt dur : *mais telle eſt la Loi. Quod quidem perquam durum eſt : ſed ita Lex ſcripta eſt.* Digest. Lib. XL. Tit. IX. *Qui & à quibus manumiſſi liberi non fiunt*, Leg. XII. §. 1. On en trouve dans cette Loi un exemple remarquable. Voyez le Commentaire de Mr. Noodt, ſur le Titre *De Legibus*, page 13, 14. *Edit. Opp. in fol.*

(3) Voyez ci-deſſus, Liv. IV. Chap. IX. §. 4. *Note* 6.

(4) *Et generaliter hoc in donationibus definiendum eſt : multum intereſſe, cauſa donandi fuit, an conditio. Si cauſa fuit, ceſſare repetitionem. Si conditio, repetitioni locum fore.* Digest. Lib. XXXIX. Tit. V. *De donation.* Leg. III.

(5) C'eſt ce qu'on appelloit *Interdictum*. Voyez Institut. Lib. IV. Tit XV. & François Hotman, ſur l'Oraiſon de Ciceron pour *Cécina*, Cap. IV. Il y en avoit de pluſieurs ſortes; & celui dont il s'agit, s'appelloit *Interdictum unde vi.* C'étoit le *Préteur*, ou Juge Suprême, qui les donnoit.

(6) Unde tu, aut familia, aut procurator tuus. Cicer. *pro Cæcina*, Cap. XIX. Voici comment l'Arrêt ſe trouve dans le Digeste. Unde tu illum vi dejeciſti, aut familia tua dejecit : de eo, quæque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, poſt annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo, Lib. XLIII. Tit. XVI. *De vi, & de vi armata*, Leg. I. *princip.*

*par le Défendeur, ou par ſes Eſclaves, ou par ſon Procureur univerſel.* Là-deſſus l'Orateur dit très-bien (7), que quand même le Demandeur auroit été chaſſé par un ſeul Eſclave du Défendeur, celui-ci ſeroit tenu de le remettre en poſſeſſion, en vertu de la raiſon ou du motif de l'Arrêt: & qu'il n'importoit pas non-plus que le Demandeur eût été chaſſé par un Procureur univerſel du Défendeur, ſelon les termes exprès de la Sentence, ou par toute autre perſonne agiſſant en ſon nom & à ſa réquiſition, comme un Femme, un Voiſin, un Client, un Affranchi, (8) &c.

C'eſt encore par le principe de la *raiſon de la Loi*, qu'il faut décider un cas propoſé par l'Auteur de la *Rhétorique dédiée à* HERENNIUS: (9) *Suppoſons*, dit-il, *une Loi qui ordonne, que ſi quelqu'un, dans une Tempête, abandonne le Vaiſſeau, il perdra tout ce qui lui appartient, fût-ce le Vaiſſeau même; & que les autres, qui ſeront demeurez dedans, en profiteront après le péril paſſé. Il s'eſt élevé une Tempête ſi furieuſe, que tous ceux qui étoient dans un Vaiſſeau ont pris l'épouvante, & ſe ſont jettez dans une Chaloupe, à la reſerve d'un ſeul, qui ſe trouvant malade a été hors d'état de s'enfuir. Le Vaiſſeau cependant eſt arrivé enſuite à bon port. Le Malade, qui étoit reſté dedans, ſe l'approprie. Celui à qui il appartenoit, le reclame.* On voit bien, que la raiſon pourquoi on avoit fait une telle Loi, c'étoit afin de récompenſer ceux qui, pour ſauver le Vaiſſeau, expoſeroient leur vie dans cette triſte conjoncture. Or le Malade ne ſauroit raiſonnablement rien prétendre ſous ce prétexte, puiſqu'il n'a contribué en rien à ſauver le Vaiſſeau, & que ce n'eſt pas pour cela qu'il y eſt demeuré ſeul.

Il y a des termes qui ont pluſieurs *ſignifications*, les unes plus *étenduës* les autres moins.

§. XI. IL faut remarquer encore qu'il y a un grand nombre de *termes auſquels on a attaché pluſieurs ſignifications, les unes plus étenduës, & les autres moins*; ce qui ſe fait en diverſes manieres. Souvent le nom du Genre eſt particulierement affecté à une des Eſpeces, comme, par exemple, dans les mots Latins d'*Adoption* (1) & de

(7) *Si me villicus tuus ſolus dejeciſſet, non familia dejeciſſet, ut opinor, ſed aliquis de familia. Rectè igitur diceres te reſtituiſſe? . . . Non enim alia cauſa eſt æquitatis in uno ſervo, & in pluribus: non alio ratio juris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator dejecerit, is qui legitimè procurator dicitur omnium rerum ejus, qui in* Italia *non ſit, abſitve Reipublicæ cauſâ, quaſi quidam penè dominus, hoc eſt, alieni juris vicarius: an tuus colonus, aut vicinus, aut cliens, aut libertus, aut quivis, qui illam vim dejectionemque tuo rogatu, aut tuo nomine fecerit. Quare, ſi ad eum reſtituendum, qui vi dejectus eſt, eamdem vim habet æquitatis ratio, eâ intellectâ, certè nihil ad rem pertinet, quæ verborum vis ſit ac nominum.* CICER. *ubi ſuprà*, Cap. XIX. & XX.

(8) En effet, comme le porte une Loi à laquelle l'Auteur renvoyoit ici, tous les cas ne pouvant pas être exprimez dans les Loix, elles doivent être appliquées aux cas parfaitement ſemblables, & où la même raiſon a lieu manifeſtement. *Non poſſunt omnes articuli ſingillatim aut Legibus, aut Senatuſconſultis comprehendi: ſed cùm in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is qui juriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita jus dicere debet. . . . Quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cetera, quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certè juriſdictione ſuppleri.* DIGEST. Lib. I. Tit. III. *De Legibus*, Leg. XII. & XIII. Voyez auſſi *Leg.* XXVII.

(9) *Sit Lex quæ jubeat, eos, qui propter tempeſtatem navim relinquerint, omnia perdere; eorum navim, ceteraque eſſe, ſi navis conſervata ſit, qui remanſerint in navi. Magnitudine tempeſtatis omnes perterriti navim reliquerunt, ſcapham conſcenderunt, præter unum ægrotum: is propter morbum exire & fugere non potuit. Caſu & fortuitu navis in portum incolumis delata eſt: illam ægrotus poſſidet, navim petit ille, cujus fuerat.* Lib. I. Cap. XI. HERMOGENE parle d'une telle Loi qui eſt apparemment ſuppoſée, comme pluſieurs de celles que les Rhéteurs donnent pour exemple; mais il ſuppoſe un autre cas, c'eſt qu'un Fils abdiqué par ſon Pere, à qui appartenoit le Vaiſſeau, y ſoit reſté; & il décide avec raiſon, que nonobſtant l'Abdication qui emporte l'exhéredation des biens paternels, le Fils doit avoir le Vaiſſeau; car, dit-il, ce n'eſt pas comme Héritier, mais comme Etranger, & en récompenſe de ſon courage qu'il devient maître du Vaiſſeau qu'il a ſauvé: Οἷον; Ἀποκήρυκτος μὴ μετεχέτω τῶν πατρῴων, καὶ, Ὁ ἐπιμείνας χειμαζομένῃ νηῒ δεσπότης ἔσω τῆς νεώς. Ἀποκήρυκτος· ἐπιμείνας πατρῴᾳ νηῒ χειμαζομένῃ καλύεται δεσπόζειν αὐτῆς .... ἡ διάνοια, τοῦτο λέγει δήπουθεν [ὁ νόμος] ὅταν ὡς κληρονομήσων.... οὐχ ὅταν ὡς ἀλλότριος καὶ μηδὲν προσήκων.... Διὰ τί δίδωσι τῷ ἐπιμείναντι τὴν ναῦν; Ἵνα δὴ καρτεροῖεν τοῖς κινδύνοις οἱ ἐμπλέοντες. Partit. Orat. *Sect. XII.*

§. XI. (1) C'eſt que le terme d'*Adoption* renfermoit ſous ſoi l'*Adoption* proprement ainſi dite, par laquelle un *Pere naturel* ſe demettoit de ſon pouvoir paternel ſur ſon Enfant, & le tranſportoit au *Pere adoptif*; & l'*Arrogation* par laquelle un Fils qui avoit perdu ſon Pere naturel, & qui n'étoit point ſous puiſſance d'autrui, ſe donnoit à quelqu'un qui vouloit bien lui tenir

(2) *Cognation*. En matiere de noms d'Animaux, lorſqu'il n'y a point de terme qui ſoit de Genre Commun, le Maſculin (3) ſe prend pour le Feminin; & le Feminin, au contraire, pour le Maſcúlin. Quelquefois les mots ont un ſens plus étendu dans le ſtile des Arts & des Sciences, que dans l'uſage du Peuple. Par exemple, la *Mort* ne ſignifie dans le langage commun que la ſéparation de l'Ame d'avec le Corps: mais dans le Droit Romain on ſe ſert auſſi de ce terme pour marquer l'état des perſonnes condamnées à (4) un Exil accompagné de la privation de tous les droits de Citoyen. On peut rapporter ici l'équivoque des mots de *mien*, *tien*, *ſien*; comme, par exemple, dans cette raillerie ſatyrique d'un ancien Poëte: (5) PAUL *récite ſes vers, & il a raiſon de les donner pour ſiens: car on peut à bon droit appeller ſien, ce que l'on a acheté.*

Il y a des *choſes favorables*, d'autres *odieuſes*, & d'autres *mixtes*.

§. XII. UNE autre remarque dont on doit bien ſe ſouvenir, c'eſt que les Promeſſes & les Conventions auſſi-bien que les Privileges, roulent ou ſur des *Choſes Favorables*, ou ſur des *Choſes Odieuſes*, (1) ou ſur des *Choſes qui tiennent des deux premieres*. Les *Favorables* ſont celles qui renferment de l'égalité, c'eſt-à-dire, qui rendent égale la condition des deux Parties, (2) & procurent également leur intérêt; comme auſſi celles qui tendent à l'Utilité (3) Publique. Deſorte que plus cet avantage eſt grand, & plus une Promeſſe eſt favorable. Ce qui ſert à maintenir les Societez,

lieu de Pere. Voyez INSTITUT. Lib. I. Tit. XI. *De Adoptionibus*.

(2) *Cognati*, dans le Droit Romain ſe dit generalement de tous les Collateraux. Mais on appelle auſſi en particulier *Cognati*, les Collateraux Maternels, & *Agnati*, les *Collateraux Paternels*. Voyez INSTITUT. Lib. I. Tit. XV. *De legitima adgnatorum tutela*, §. 1.

(3) *Verbum hoc*, ſi quis, *tam maſculos quàm fœminas complectitur*. DIGEST. Lib. I. Tit. XVI. *De verborum ſignificatione*, Leg. I.

(4) *Deportatos enim mortuorum loco habendos*. DIGEST. Lib XXXVII. Tit. IV. *De bonorum poſſeſſione contra tabulas*, Leg. I. §. 8. Voyez ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 9. *Note* 2.

(5) *Carmina* Paullus *emit, recitat ſua carmina* Paullus.
*Nam, quod emas, poſſis dicere jure tuum.*
MARTIAL. Lib. II. Epigr. XX. Voyez auſſi *Lib. VI. Epigr. XII.* où notre Auteur renvoye, comme y ayant un ſemblable jeu de mots.

§. XII. (1) Cette diſtinction des *Choſes Favorables*, ou *Odieuſes*, eſt également incertaine & inutile. Les définitions que GROTIUS & notre Auteur donnent de l'*Odieux* & du *Favorable* n'ont aucun fondement; car les Promeſſes & les Conventions, auſſi-bien que les Privileges, roulant ſur des choſes permiſes & innocentes, comme on le doit ſuppoſer ici, ſont indifférentes de leur nature; & par conſéquent il ne faut ni les étendre, ni les reſſerrer, qu'autant que le demande l'intention de leur Auteur. Il y a même dans ces définitions des choſes qui ne s'accordent pas trop bien enſemble; car on dit, par exemple, que ce qui tend à l'Utilité Publique eſt favorable, & que ce qui renferme quelque peine eſt odieux; or on ſçait que l'infliction des peines tend à l'Utilité Publique. Ce n'eſt pas qu'il n'y ait des Cauſes favorables, ou odieuſes; mais ce qu'elles ont de favorable, ou d'odieux, ne vient pas de la nature même de la choſe; il dépend uniquement de l'intention ou du Légiſlateur, ou des Contractans, ou du Teſtateur, qui doit être connuë d'ailleurs. Dans le Droit Romain, par exemple, la *Liberté d'un Eſclave* [Voyez INSTITUT. Lib. I. Tit VI. *Quibus ex cauſis manumittere non licet*, §. 2.] eſt une choſe favorable; comme auſſi la *Dot* d'une Femme. [Voyez DIGEST. Lib. XXIII. Tit. III. *De jure dotium*, Leg. LXVIII. LXX.] Au contraire, les *ſecondes Nôces* paſſent pour odieuſes parmi la plûpart des Peuples. [Voyez NOVELL. JUSTINIAN. II. Cap. II. §. 1.] J'ai dit encore, que cette diſtinction eſt inutile. En effet, dans les exemples alleguez par notre Auteur, l'interprétation qu'il donne, ou peut ſe faire indépendamment de ce qu'il y trouve d'odieux ou de favorable, ou eſt même directement contraire à ſa régle. TITIUS, *Obſerv.* CCCCXXVIII. CCCCXXIX. Voyez ce que je dirai dans les Notes ſuivantes. L'Auteur dont je viens de rapporter le ſentiment, ſuit en cela Mr. THOMASIUS, *Juriſprudentia Divina*, Lib. II. Cap. XII. §. 159. *& ſeqq.* Voyez l'*Appendix* qui ſuit ce Chapitre, où il ſe défend contre un Profeſſeur de *Hambourg*, nommé VINCENT PLACCIUS, qui l'avoit critiqué ſur ce qu'il ſoûtient qu'on ne ſauroit donner une juſte définition du Favorable & de l'Odieux. Joignez encore ici ce que j'ai dit moi-même ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 10. *Note* 1.

(2) Fort bien, ſi telle eſt la nature du Contract, & alors cela ſuit du Contract même, ſans autre conſidération. Mais comme on fait ſouvent des Conventions où il y a un mélange d'égalité & d'inégalité par rapport aux conditions; il reſtera toûjours à examiner dans tel ou tel cas, ſi l'on n'a pas prétendu traiter ſur ce pié-là. D'ailleurs, l'égalité ne conſiſte pas ici dans une proportion fixe & certainement déterminée par la nature même des choſes. Tout dépend au fond de la volonté des Contractans, qui, ſelon l'état & les circonſtances où ils ſe trouvent, tiennent pour équivalent ce dont ils ont beſoin, & qu'ils cherchent à ſe procurer par le Contract.

(3) Cela eſt bien vague, & bien ſujet à conteſtation. Il ne s'agit point ici de choſes contraires ou à l'Equité Naturelle, ou aux Loix Civiles. On ſuppoſe, comme je l'ai déja dit, que tout dépend de la volonté de ceux dont on a à expliquer les paroles. Qu'un certain ſens renferme quelque choſe de plus conforme à l'Utilité Publique, il ne s'enſuit point de cela ſeul, qu'on doive le préferer à tout autre. Il faudroit pour cet effet être aſſuré, que les Contractans ou le Légiſlateur ont connu cette utilité, & puis, qu'ils ont eu deſſein de la procurer. Or voilà qui nous rejette dans de nouveaux embarras, dont il ſera bien difficile de ſe tirer.

(4) & en general à rendre efficaces toutes ſortes d'actes, paſſe auſſi pour favorable. Ainſi les choſes qui contribuent à la Paix ſont plus favorables que celles qui tendent à la Guerre ; & les Guerres Défenſives davantage que les Offenſives. *Ceux qui veulent éviter un mal ou une incommodité* (5) *ont meilleure cauſe*, au jugement de QUINTILIEN, *que ceux qui cherchent à ſe procurer quelque avantage.* On tient au contraire pour *Odieux*, ce qui impoſe quelque charge à l'une des Parties ſeulement, ou qui ſe trouve plus onéreux à l'une qu'à l'autre; ce (6) qui renferme quelque peine; ce qui rend un acte nul & ſans effet; ce qui apporte quelque changement aux choſes (7) déja établies & arrêtées ; ce qui eſt capable de rompre l'Amitié & la Societé. Il entre *de l'Odieux & du Favorable*, dans les choſes, par exemple, qui apportent du changement à un acte, mais pour le bien de la paix. Et celles-là ſont cenſées favorables, ou odieuſes, ſelon que l'avantage qui en revient eſt grand ou le changement conſidérable ; enſorte néanmoins, que tout le reſte d'ailleurs égal, le Favorable l'emporte.

§. XIII. CES diſtinctions poſées, GROTIUS établit là-deſſus les maximes ſuivantes. 1. *En matiere de choſes* (1) *qui ne ſont pas odieuſes, il faut donner aux termes toute l'etenduë dont ils ſont ſuſceptibles ſelon l'uſage commun; & ſi un terme a pluſieurs ſignifications, préferer la plus generale.* Ainſi le Maſculin ſe doit prendre pour le Genre Commun ; comme, par exemple, ſi deux Voiſins ſont convenus, qu'ils auront la permiſſion d'aller dans les terres l'un de l'autre à la chaſſe de toute ſorte de Bêtes, excepté celle du *Cerf*; la Raiſon veut que (2) ſous ce mot on comprenne auſſi

Régles fondées ſur ces diſtinctions.

(4) L'intention des Contractans dans toute ſorte d'actes ſérieux, ſuffit pour faire rejetter une interprétation qui le rendroit nul. Et cela a lieu lors même que l'acte n'auroit aucun effet, à moins que d'admettre quelque choſe qui chargeât beaucoup une Partie pardeſſus l'autre ; c'eſt-à-dire, quelque choſe d'odieux : d'où il naitra d'ailleurs un conflict ; car celui, au préjudice de qui ſeroit cette grande inégalité, dira qu'à ce prix-là il aime mieux qu'il n'y ait rien de fait. On peut appliquer ceci à pluſieurs autres choſes qui ſont miſes au rang des odieuſes. Pour ce qui eſt du *maintien des Societez*, de l'*Amitié*, de la *Paix*, il reſtera encore à voir juſqu'où ceux dont il s'agit y étoient diſpoſez, & s'il n'y a pas lieu de croire, qu'ils ont mieux aimé s'expoſer à ce péril qu'aux ſuites du ſens qui méne là.

(5) *In quo tamen incommoda vitantis melior quàm commoda petentis, eſt cauſſa.* Inſt. Orat. Lib. VII. Cap. IV. *pag.* 626. *Edit. Burman.* Mais QUINTILIEN parle ici de toute autre choſe. Il s'agit d'Accuſation & de Défenſe.

(6) Lorſque dans un Contract, on impoſe quelque Peine à celui qui ne tiendra pas ſes engagemens, cela ſe fait pour le détourner plus efficacement de les violer. Or plus on donnera d'étenduë à la Peine, & mieux on parviendra à ce but. D'ailleurs, il y a là quelque choſe qui tend à rendre l'acte plus efficace. Ainſi il faudra, par ces raiſons, ſuivre plûtôt tout ce qui eſt renfermé dans le ſens propre & general des termes : ou du moins il réſultera de-là un conflict qui rendra impoſſible l'application de la Régle. Il faut dire la même choſe des Peines établies par les Loix : car il ne s'agit pas ici des cas où il y auroit quelque choſe de contraire à l'Equité, & en même-tems à une juſte préſomption de la volonté du Légiſlateur. On en traitera plus bas, §. 21, 22. Le principe de notre Auteur peut auſſi quelquefois autoriſer les fraudes, par leſquelles on éluderoit les Loix. Mr. THOMASIUS *ubi ſuprà* §. 171. le montre par cet exemple. Suppoſons, dit-il, que le Magiſtrat ait défendu de tranſporter du *Blé* hors du Païs. Quelqu'un tranſporte de la *Farine*. Selon la diſtinction dont il s'agit, un tel homme ne devra point être puni ; car outre qu'on diminuë ſa liberté, la Punition eſt une choſe entierement odieuſe. Il faut donc ſuivre les termes à la lettre ; & la *Farine* n'eſt pas du *Blé*, ſur ce pié-là.

(7) Mais à moins qu'il ne paroiſſe d'ailleurs que l'intention des Parties a été de ne rien innover, pourquoi s'éloigneroit-on du ſens des termes qui le donnent à entendre par eux-mêmes ? On peut avoir eu bien des raiſons de faire quelque changement.

§. XIII. (1) C'eſt-à-dire, ſelon Mr. THOMASIUS, *ubi ſuprà*, §. 173. en matiere de *Choſes Mixtes*, qui tiennent du Favorable & de l'Odieux. Il faut ajoûter, *enſorte pourtant que le Favorable y domine*; ſelon les principes de notre Auteur.

(2) Cela eſt vrai : mais ce n'eſt pas parcequ'il s'agit d'une choſe favorable, c'eſt en vertu de la ſignification ordinaire du mot de *Cerf*. Mr. TITIUS le remarque très-bien : & en effet quand on parle du *Cerf*, ou de quelque autre ſorte d'Animal, dans le genre Maſculin, qui eſt le plus noble, cela s'entend de la Femelle auſſi-bien que du Mâle ; à moins qu'il n'y ait quelque circonſtance qui faſſe voir manifeſtement que l'on parle du Mâle, par oppoſition à la Femelle. Mais je ne ſuis pas du ſentiment de cet Auteur, en ce qu'il prétend, que ſelon les principes de GROTIUS & de PUFFENDORF, il faudroit reſtreindre ici le mot de *Cerf* aux ſeuls Mâles ; parce, dit-il, que cette clauſe *excepté le Cerf*, apporte du changement à ce dont on étoit auparavant demeuré d'accord (*priora immutat*), & par conſequent renferme quelque choſe d'odieux. Le changement dont parle GROTIUS & notre Auteur, eſt un changement fait quelque tems après les premieres Conventions, & non pas une reſtriction ajoûtée ſur le champ & dans la Convention même, comme eſt celle dont il s'agit dans cet exemple.

les *Biches*. De même en matiere de ces ſortes de choſes, les expreſſions indéfinies ſont cenſées univerſelles. (3) Par exemple, ſi dans un Traité de paix il eſt porté *qu'on rendra les Priſonniers de part & d'autre*, il faut entendre cela de tous les Priſonniers en general, & de chacun en particulier. Ainſi dans ces paroles de l'Arrêt Interlocutoire dont nous avons parlé, *Que le Défendeur ſoit remis en poſſeſſion de l'Héritage d'où il a été chaſſé*; CICERON fait voir que le mot de *chaſſer* (a) ſe doit étendre à ceux que l'on a empêché par force d'entrer dans un Héritage qui leur appartient. En effet, c'eſt une choſe très-favorable que d'être remis en poſſeſſion de ſon bien; & le terme de *chaſſer* ſouffre l'interprétation que lui donne l'Orateur; car chaſſer quelqu'un d'un Héritage dont il étoit en poſſeſſion, c'eſt empêcher qu'il ne continue à le poſſeder déſormais (b). Or, pour conſerver la poſſeſſion d'un Héritage, il n'eſt pas néceſſaire de ne mettre jamais le pié dehors. C'eſt donc tout un de faire ſortir par force une perſonne qui eſt dans ſon bien; ou (4) de l'empêcher d'y rentrer, lorſqu'elle revient de quelque endroit où ſes affaires l'avoient appellée (c). C'eſt encore en vertu de la Régle dont nous traitons ici, que dans un doute (d) une Année commencée eſt tenue pour finie, (5) lorſqu'il s'agit de choſes favorables, & que par-là on ne donne d'ailleurs aucune atteinte aux droits de qui que ce ſoit. Mais l'Empereur *Caligula* péchoit contre cette maxime, lorſqu'il (e) conteſtoit le droit de Bourgeoiſie à ceux dont les Ancêtres l'avoient acquis *pour eux & pour leurs Deſcendans*; à moins qu'ils ne fuſſent leurs Fils: car il prétendoit que le terme de (6) *Deſcen-*

(a) *Orat. pro Cæcina*, Cap. XXIII. & ſeqq.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XLIII. Tit. XVI. Leg. III. §. 7.

(c) Voyez un autre exemple, *Digeſt.* Lib. XIX. Tit. II. *Locati*, &c. Leg. XXIX.

(d) Voyez *Buſſiéres*, Hiſt. de France, Liv. XIX. pag. 39.

(e) *Sueton. in ejus Vita*, C. XXXVIII.

(3) Ce n'eſt pas non-plus à cauſe qu'il s'agit d'une choſe favorable; mais parceque dans le langage ordinaire ces expreſſions indéfinies ſont de leur nature équivalentes à des expreſſions univerſelles, à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelque raiſon qui oblige à les reſtreindre; ce qui ne ſe trouve pas ici: car pourquoi eſt-ce que dans un Traité de Paix on voudroit ſe reſerver quelqu'un des Priſonniers fait pendant la Guerre? Cela pourroit avoir quelque apparence, dans une Capitulation, ou autre Convention faite pendant le cours d'une Guerre qui doit durer encore: mais ici même, ſi l'on étoit convenu purement & ſimplement, *de rendre les Priſonniers de part & d'autre*; il n'y auroit aucune exception à faire, quelque diſproportionné que fût le nombre de ceux qui ont été pris d'un côté: & ce ſeroit la faute de celui qui en auroit un beaucoup plus grand nombre, s'il n'avoit pas expreſſément ſtipulé que l'échange ſe feroit à proportion de ceux qui ſont tombez entre les mains de l'autre. Ajoûtons, que ſelon les principes de nos deux Auteurs, il y auroit ici un conflict de raiſons contre raiſons, comme le remarque Mr. THOMASIUS, *ubi ſuprà*, §. 170. Car celui qui ayant un plus grand nombre de Priſonniers, voudra qu'on échange ſeulement homme pour homme, dira qu'autrement la choſe ſeroit odieuſe pour lui, puiſqu'il auroit à rendre plus que l'autre. Celui-ci, de ſon côté, prétendra que l'accord tendant à la Paix, il s'agit d'une choſe favorable, & qu'ainſi il faut donner aux termes toute l'étenduë dont ils ſont ſuſceptibles.

(4) Cela eſt décidé dans le DIGESTE: *Si autem cùm dominus veniret in poſſeſſionem, armati eum prohibuerunt, qui invaſerant poſſeſſionem: videri eum armis dejectum.* Lib. XLIII. Tit. XVI. *De vi, & vi armata*, Leg. III. §. 8. *Sive autem corpore, ſive animo poſſidens, quis dejectus eſt: palam eſt, eum vi dejectum videri. Idcircoque ſi quis de agro ſuo vel de domo proceſſiſſet, nemine ſuorum relicto, mox revertens, prohibitus ſit ingredi vel ipſum prædium; vel ſi quis eum in medio itinere detinuerit, & ipſe poſſiderit: vi dejectus videatur: ademiſti enim ei poſſeſſionem, quam animo retinebat, etſi non corpore.* Ibid. *Leg.* I. §. 24. Au reſte, ce que notre Auteur lui-même dit ici, ſuffit pour faire voir qu'il n'eſt pas beſoin d'examiner ſi la choſe dont il s'agit eſt favorable ou non, & que le ſens du mot *chaſſer* peut être prouvé par d'autres principes. Mr. THOMASIUS remarque auſſi, que le cas peut être décidé par la *raiſon de la Loi*; car le Droit Romain vouloit par-là empêcher toute voye de fait de Particulier à Particulier. FRANÇOIS HOTMAN prétend néanmoins, que CICERON chicanoit un peu dans l'affaire de *Cécina*. On peut voir les Notes de cet habile Juriſconſulte ſur la Harangue de l'Orateur Romain, qui a été citée. Voyez auſſi la Diſſertation de Mr. SCHULTING, *de Juriſpr. M. Tull. Cicer.* page 283.

(5) Je doute fort, que la qualité de *Favorable* autoriſe à poſer cela pour régle générale, qui puiſſe ſervir à décider les divers cas poſſibles ſur ce ſujet. Tout dépend ici de la maniere dont on s'eſt exprimé en parlant d'*années*; ou de la nature même de chaque affaire, & des Loix ou de l'uſage qui y ont du rapport. D'ailleurs, le tems plus ou moins grand, qui s'eſt écoulé, de l'Année dont il s'agit, fait ici une grande différence, & peut par conſéquent donner lieu à des déciſions bien differentes ſur une ſeule & même choſe, ſelon qu'il n'y aura, par exemple, que peu de jours depuis le commencement de cette Année, ou qu'il ne s'en faudra que peu de jours qu'elle ne ſoit finie. Le Droit Romain, ſur lequel on fonde communément la maxime que notre Auteur poſe ici, ne ſuit point de principe fixe, dans ſes déciſions expreſſes, qui autoriſe à l'appliquer aux cas non décidez. Voyez-en des exemples dans PIERRE DU FAUR, in Leg. CI. *De Regg. Juris.*: ANTOINE FAURE, *Juriſprudent. Papinian.* Tit. XXIV. Princip. I. Illat. 4. *page* 1126. EDMOND MERILLE, *Obſerv.* II. 21.

(6) Le mot de *Deſcendans*, ſignifie par lui-même tous ceux qui deſcendent de quelqu'un en ligne droite, de degré en degré; ſans qu'il ſoit beſoin que la ma-

*dans* ne s'étendoit qu'à ce degré-là. Je ne ſçai pourtant ſi la Reine *Didon* ne pouſſa pas trop loin le privilege des choſes favorables, lorſqu'ayant acheté (f) autant de terrain qu'en pourroit environner un cuir de Bœuf, elle fit couper ce cuir en pluſieurs courroyes extrêmement déliées, & par ce moyen elle embraſſa un beaucoup plus grand eſpace qu'elle ne paroiſſoit l'avoir demandé.

(f) *Juſtin.* Lib. XVIII. Cap. V. & *Virgil.* Æn. I, 368. *ubi vide Interpr.* On trouve un exemple d'un pareil artifice dans ce que fit *Ivan*, Prince Danois, *apud Saxon. Grammat.* Lib. IX. pag. 159. *Edit. Francof.* 1576. Voyez *Polyd. Virgil.* Hiſt. Angl. Lib. V. pag. 131. *Edit. Lugd. Bat.* 1649. qui doute de cela.

2. *En matiere de Choſes tout-à-fait Favorables,* (7) *ſi celui qui parle entend la Juriſprudence, ou ſe conduit par les conſeils des Juriſconſultes, il faut donner aux termes toute l'etenduë qu'ils ont non ſeulement dans le langage ordinaire, mais encore en ſtile de Droit, ou dans quelque Loi.*

3. *Mais on ne doit pas avoir recours à un ſens entierement impropre, à moins qu'on ne puiſſe ſe diſpenſer d'en venir là, ſans qu'il en reſulte quelque choſe d'abſurde, ou qui rendît la Convention ou la Loi nulles & de nul effet* (8). Car la nature de ces ſortes d'actes demande que l'on exprime clairement ſa penſée, & on préſume pour l'ordinaire que chacun l'a ainſi fait.

4. *Il faut au contraire reſſerrer l'étenduë de la ſingification propre & naturelle des termes, lorſque cela eſt néceſſaire pour éviter quelque abſurdité, ou quelque injuſtice.*

5. *Que s'il n'y a point de telle néceſſité, & qu'il réſulte ſeulement une* (9) *utilité manifeſte de la reſtriction des termes, il faut alors s'en tenir au ſens le plus étroit que la ſignification propre des termes ſouffre; à moins qu'il n'y ait des circonſtances qui demandent quelque choſe de plus.*

6. *En fait de Choſes Odieuſes, on peut admettre un peu la Figure même, pour éloigner les* (10) *ſuites onéreuſes du ſens propre & litteral.* C'eſtpourquoi dans les Donations & dans tout acte où l'on relâche de ſon droit, les termes les plus generaux le reſtreignent ordinairement à ce que l'on a eu vraiſemblablement dans l'Eſprit. On peut rapporter ici cet exemple allegué par CICERON: (11) *Lors*, dit-il, *qu'un Mari légue à ſa Femme tout ſon argent, il ne lui donne pas pour cela ce qu'on lui doit; car autre choſe eſt d'avoir de l'argent dans le Coffre, & autre choſe d'en avoir en Billets d'obligation* (g). C'eſt même l'uſage du Barreau, que ſi après une particule d'univer-

(g) Voyez un autre exemple dans ce qu'on a déja rapporté ailleurs d'une promeſſe de l'Empereur *Aurelien*, Liv. III. Chap. V. §. 10. *Note* 2.

tiere ſoit favorable, pour l'entendre ainſi. Au contraire de quelque nature que ſoit la choſe, il faut n'excepter aucun degré, tant qu'il ne paroit point de raiſon particuliere, qui oblige à s'éloigner du ſens propre. Et la déciſion du Droit Romain eſt formelle au ſujet des Immunitez accordées *à une perſonne & à ſes Deſcendans*, comme il paroit par cette Loi que notre Auteur citoit ici. *Immunitates generaliter tributa eo jure, ut ad poſteros tranſmitterentur, in perpetuum ſuccedentibus, durant.* DIGEST. Lib. L. Tit. VI. *de jure immunitatis*, Leg. IV.

(7) Mais pourquoi ceci n'auroit-il pas lieu dans une Donation, par exemple, qui eſt une choſe odieuſe, ſelon *Grotius* & notre Auteur. Le Donateur connoiſſant toute la force & toute l'étenduë des termes, dès-là qu'il s'en ſert il doit être cenſé les employer ſans aucune reſtriction; à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelque raiſon vraiſemblable, qui donne lieu de croire qu'il a eu dans l'Eſprit quelque choſe de moins: & en ce cas-là, ce n'eſt pas parcequ'il s'agit d'une affaire odieuſe ou onéreuſe, qu'on reſtreint la ſignification des termes; mais à cauſe de ce que le Donateur *a eu vraiſemblablement dans l'Eſprit*, comme notre Auteur le dit lui-même plus bas, après GROTIUS.

(8) Cette Régle & la ſuivante ne ſont pas particulieres aux Choſes Favorables, comme il eſt aiſé de le voir. Elles regardent en général toutes ſortes d'actes faits avec connoiſſance & avec délibération.

(9) GROTIUS, dit *une équité ou une utilité manifeſte*; & le premier mot a été apparemment omis ou par l'inadvertence de l'Auteur, ou par la faute des Imprimeurs. Pour ce qui eſt de la Régle en elle-même, ſi quelque raiſon d'équité demande qu'on reſſerre autant qu'il ſe peut la ſignification d'un terme, c'eſt en vertu de cette raiſon même, & non parcequ'il s'agit d'une choſe favorable. Mais l'utilité n'a ici aucune influence, qu'autant qu'il paroît d'ailleurs que le Légiſlateur ou les Contractans ont voulu la procurer.

(10) Bien entendu qu'il y ait d'ailleurs lieu de croire, que celui qui parle n'a pas voulu s'aſſujettir ou aſſujettir les autres à ces ſuites onéreuſes. Car s'il l'a prétendu, pourquoi iroit-on contre ſon deſſein? Et ſi l'on n'a aucune raiſon de croire qu'il ne l'a pas prétendu, pourquoi auroit-on recours à un ſens figuré?

(11) *Non ſi Uxori Vir legavit omne argentum, quod ſuum eſſet; idcirco quæ in nominibus fuerunt, legata ſunt: multum enim differt, in arcâne poſitum ſit argentum, an in tabulis debeatur.* Topic. Cap. III. Quand on parle de l'*argent qu'on a*, on n'entend pas ordinairement les Dettes. Ainſi le ſens du Teſtateur ſe tire ici de la ſignification ordinaire des termes, & non pas de la nature même des Legs ou des Donations. Les termes de l'Original ne pouvoient même s'entendre autrement, ſelon les idées & le langage de la Juriſprudence Romaine, comme le fait voir FRANÇOIS HOTMAN, *Obſ.* Lib. I. Cap. 25.

ſalité il ſuit une énumération particuliere (12) des choſes renfermées ſous le terme general dont quelqu'un s'eſt ſervi, on ne tient pour donné ou tranſporté véritablement que ce dont il a fait mention ſpéciale. Dans un Traité où l'un des Contractans promet du ſecours à l'autre, il faut entendre cela enſorte (13) que les Troupes devront être envoyées aux dépens de celui qui les a demandées; à moins qu'on n'en ſoit autrement convenu en termes exprès. Si l'on s'eſt engagé envers un Prince à lui fournir du ſecours pour la defenſe des Etats dont il étoit actuellement en poſſeſſion; cette Obligation ne s'étend pas juſqu'à l'aſſiſter, pour les lui faire recouvrer lorſqu'il vient à en être dépouillé. Quelquefois auſſi le caractere odieux de la perſonne avec qui l'on a à faire, rend excuſable une interprétation fort rigoureuſe, & approchante de la chicane; comme dans l'exemple de cette (h) Fille Romaine, qui ayant demandé aux *Sabins*, pour récompenſe de ſa trahiſon, ce qu'ils portoient à leur bras gauche, entendant parler de leurs Bracelets; fut accablée ſous le poids des Boucliers qu'ils lui jetterent (14).

(h) *Tarpeia.* Voyez *Plutarch. in Romulo*, pag. 27, 28. & *Tit. Liv* Lib. I. Cap. XI.

*Exemples*, pour l'application de ces Régles. 1. Du cas qui arrive, lorſque *deux perſonnes parviennent en même tems au bout d'une carriere*, où le prix attendoit celui qui y ſeroit le premier.

§. XIV. Grotius fait voir l'application de ces Régles par quelques exemples. En voici deux ou trois. On demande, ſi lorſque *deux hommes ſont parvenus en même tems au bout d'une Carriere*, où le Prix attendoit celui qui y arriveroit le premier, il faut le donner à l'un & à l'autre, ou ne le donner à aucun des deux? Le mot de *premier* ſe peut ſans contredit entendre également & de celui qui devance tous les autres, & de celui que perſonne ne devance, quoique pluſieurs aillent du pair avec lui. Je dis donc, que ſi c'eſt une eſpece de gageure faite par ceux-là même qui courent enſemble, & que tous arrivent à la fois au bout de la Carriere, aucun d'eux ne peut rien demander aux autres. Par la même raiſon, ſi quelques-uns des Spectateurs ont parié, comme cela ſe fait ſouvent, ils ne gagnent, ni ne perdent en ce cas-là. Mais lorſque le Prix eſt propoſé par un tiers, à deſſein d'animer ceux qui entrent dans la Carriere; il eſt plus vrai de dire que tous ayant couru auſſi vîte l'un que l'autre, chacun doit avoir part au Prix, ſuppoſé qu'il ſoit de nature à pouvoir être ou diviſé, ou poſſedé en commun: ſinon, il faut jetter au ſort pour voir qui aura la choſe toute entiere, ou bien recommencer le combat. En effet, il y auroit une ſordide meſquinerie à les fruſtrer tous du Prix, par la raiſon qu'aucun d'eux n'a pû être vaincu par ſon compagnon; & les récompenſes de la Vertu demandent une interprétation un peu étendue. Mais, pour en uſer encore plus généreuſement, il faut imiter

(12) Mais alors l'énumération par elle-même fait voir, que celui qui parle n'avoit pas pris la particule univerſelle dans toute ſon étenduë. La Régle auſſi n'eſt pas toûjours ſûre: car il peut y avoir des raiſons particulieres pourquoi on eſt entré dans quelque détail, ſans préjudice de la généralité des termes précedens; & c'eſt par les circonſtances qu'il en faut juger. Les Docteurs que les Praticiens tâchent à l'envi d'avoir ici pour garants, ſont fort peu d'accord entr'eux. Voyez une Diſſertation de feu Mr. Ludovici, *An ſpecies deroget Generi*, imprimée à *Hall en* 1721.

(13) Dans cet exemple, il eſt clair que la promeſſe de *donner du ſecours* ne renferme point, ſelon l'uſage ordinaire des termes & la pratique commune, l'engagement de fournir des Troupes à ſes propres dépens. Ainſi, quand même il s'agiroit d'une choſe favorable, ou que le ſecours auroit été promis des deux côtez, on ne pourroit point étendre juſques-là la Convention, à moins qu'on ne s'en fût expliqué clairement en d'autres termes. L'exemple ſuivant n'eſt pas mieux appliqué. Car, quand on fait un Traité d'Alliance avec un Prince *pour la défenſe de ces Etats*, ou de tel ou tel Etat qu'il poſſede, cette expreſſion ſeule, ſans autre explication, ne ſçauroit jamais renfermer l'engagement d'aider ce Prince à les recouvrer s'il vient à en être chaſſé. Ce ſont deux choſes bien differentes, & il faut ſe ſentir beaucoup plus fort pour aider au recouvrement de la poſſeſſion perduë, que pour empêcher qu'on ne la perde. Cela a lieu ſurtout, quand il s'agit de quelque Païs nouvellement acquis, & ſur lequel d'autres Princes puiſſans ont des pretenſions. A quoi ſe rapporte un paſſage de Guicciardin, *Liv.* V. que notre Auteur ne fait qu'indiquer en marge. C'eſt ce que diſoit *George Cornaro*, dans une Harangue au Sénat de *Veniſe*, lorſque la République déliberoit ſi elle abandonneroit le parti de *François* I. Roi de *France*, pour faire une Ligue avec l'Empereur *Charles Quint*. On objectoit là-deſſus, qu'elle s'étoit engagée à ſecourir le Roi de *France*, *pour la défenſe des Etats qu'il poſſedoit en* Italie. *Cornaro* répond, *Qu'on n'avoit point promis de lui aider à les recouvrer, quand il les auroit perdus.* Page 247. *Edit. Ital.* de *Genéve*, 1645.

(14) Voyez la Diſſertation de Mr. Buddeus, intitulée *Juriſprudentiæ Hiſtoricæ Specimen*, §. 11. *& ſuiv.* parmi ſes *Selecta Juris Nat. & Gent.* où il examine ce cas.

§. XIV.

ter l'exemple de (a) ceux qui ont donné la récompenſe entiere qu'ils avoient promiſe, ou qui étoit établie par les Loix, à chacun des Concurrens qui avoient fait en même tems la belle action à laquelle ce prix étoit attaché (1).

(a) Par exemple, *Scipion*, dans *Tit. Live*, Lib. XXVI. Cap. XLVIII.

2. Des Conventions, par leſquelles on s'engage à *ne point faire la guerre* ſans le conſentement d'un autre.

§. XV. DANS le Traité de Paix, qui mit fin à la *ſeconde Guerre Punique* (a), il y avoit cette clauſe : *Que les* Carthaginois *ne feroient point la guerre ni au-dedans, ni au-dehors de l'*Afrique, *ſans la permiſſion du Peuple Romain.* On demande ſi ces mots, *faire la guerre*, doivent s'entendre ici de toute ſorte de Guerre, tant Défenſive, qu'Offenſive ? Pour moi, je crois que les Guerres Défenſives ne peuvent pas être compriſes dans un tel engagement ; car outre que la clauſe eſt odieuſe, puiſqu'elle renferme une diminution de la Souveraineté, il ſeroit certes trop dur de dépouiller ceux à qui l'on impoſe de pareilles conditions, de ce petit reſte de la Liberté Naturelle en vertu de laquelle chacun à droit (b) de ſe défendre ſoi-même contre ceux qui l'attaquent injuſtement. (1) D'ailleurs, cette explication s'accorde avec le but même des *Romains*, qui n'étoit pas d'expoſer les *Carthaginois* aux inſultes de leurs Voiſins, ni de les en garantir par leurs propres forces ; mais ſeulement de tenir en bride ce Peuple, afin qu'il ne pût point s'aggrandir par des conquêtes. Et l'on voit que dans un autre Traité, par lequel ils ſtipulerent la même choſe d'*Antiochus* (2), il étoit porté expreſſément que ce Prince pourroit faire la guerre de ſon chef, ſi on venoit à l'attaquer.

(a) *Tit. Liv.* Lib. XXX. Cap. 37. *Polyb.* Lib. XV. Cap. 18. Voyez un ſemblable Traité avec le Roi *Philippe*, dans *Tite Live*, Lib. XXXIII Cap. 30.
(b) Voyez *Tite Live*, Lib XLII. Cap. XLI.
(c) Voyez le même Hiſtorien L. XLIII. Cap. 23.

3. Du Traité par lequel les *Romains* avoient promis, *Que Carthage demeureroit libre.*

§. XVI. LES mêmes *Romains*, après avoir promis aux *Carthaginois* ; *que* CARTHAGE *demeureroit libre*, exigerent d'eux que leur Ville fût raſée, & qu'ils en bâtiſſent une nouvelle à une certaine diſtance de la Mer (a), & pour juſtifier cette prétenſion, ils diſoient que par *Carthage* on n'entendoit pas la place où la Ville étoit bâtie. (1) Mais quoique la *Liberté* que les *Romains* avoient promiſe aux *Carthaginois*, ne pût point s'entendre d'une pleine & entiere liberté, le Pouvoir ſouverain des *Carthaginois* ayant déja été diminué conſidérablement ; cette clauſe néanmoins devoit leur laiſſer un aſſez grand degré de liberté, pour ne pas leur impoſer la néceſſité de détruire eux-mêmes leur Patrie, & d'aller s'établir ailleurs, au premier ordre que les *Romains* leur en donneroient. J'avoue que la *Liberté*, ou (b) *le droit de ſe gouverner par ſes propres Loix*, eſt une choſe qui convient proprement au Peuple, & non pas à la Ville conſidérée comme un (2) amas de Maiſon environnées de Murailles. Mais le Traité portant, *Que* CARTHAGE *demeureroit libre*, & non pas *que les* CARTHAGINOIS *demeureroient libres* (expreſſion qui auroit été peut-être plus propre à colorer la mauvaiſe foi des *Romains*) ; le ſens commun vouloit qu'on entendît par-

(a) Voyez *Appian de Bell. Punic.* pag. 45. & *ſeqq.* Edit. Steph. (74. & *ſeqq. Edit. Amſt.*)

(b) Αὐτονομία.

§. XIV. (1) L'Auteur remarquoit ici que c'étoit uniquement par grandeur d'ame, & non en vertu d'aucune obligation, qu'*Auguſte* ayant mis à prix la tête d'un fameux Voleur, lui donna à lui-même qui ſe vint préſenter de ſon pur mouvement, la ſomme qu'il avoit promiſe à ceux qui pourroient le lui remettre mort ou vif. *Dion Caſſius*, Lib. LVI. page 686. *Edit. H. Steph.* Voyez au reſte, ce que dit Mr. THOMASIUS, dans ſa Diſſertation *De prioritate ac poſterioritate temporis dubia atque incerta*, qui eſt la V. parmi celles de *Leipſic*, Cap. IV. où il examine pluſieurs autres queſtions curieuſes. J'ai traité celle dont il s'agit, plus diſtinctement à mon avis, qu'on n'avoit encore fait, dans une Note ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 19. où l'on verra, que la diſtinction du *Favorable* & de *l'Odieux* n'eſt pas non-plus ici néceſſaire.

§. XV. (1) Ces raiſons ſeules ont tant de force, qu'il n'eſt nullement néceſſaire d'alléguer ce que la clauſe renferme d'onéreux ou d'odieux, comme fait auſſi GROTIUS, *ubi ſuprà* §. 14.

(2) *Si qui ſociorum Populi Romani ultro bellum inferent* Antiocho, *vim vi arcendi jus eſto : dum ne quam urbem aut belli jure teneat, aut in amicitiam accipiat.* TITE LIVE *Lib.* XXXVIII. Cap. XXXVIII. Voyez auſſi POLYB. *Excerpt. Legat.* XXXV. Cap. IV.

§. XVI. (1) Joignez ici ce que j'ai dit ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 15. *Note* 2.

(2) *Nicias* & *Themiſtocle*, comme le remarquoit ici notre Auteur, diſoient, que *par la* Ville on *entend les Habitans, & non pas les Bâtimens ou les Murailles.* Ἄνδρες γὰρ πόλις, καὶ οὐ τείχη. THUCYDIDE Lib. VII. Cap. XXXVII., *in fin.* Edit. Oxon. Voyez auſſi JUSTIN, Lib. II. Cap. XII. num. 14. & là-deſſus les Interprêtes.

là, que le Peuple Carthaginois joüiroit paiſiblement de ſa Liberté dans la Ville de *Carthage*, qui ſubſiſtoit alors, & par conſéquent que les Maiſons & les Murailles en ſeroient conſervées. POLYBE (c) raconte la choſe autrement: car il dit que le Sénat Romain promit aux *Carthaginois* de leur laiſſer *leur Liberté & leurs Loix*, *auſſi-bien que toutes leurs terres, & tous leurs autres biens, tant publics que particuliers*. Les *Carthaginois* ayant remarqué qu'il n'étoit point parlé là de leurs *Villes*, ſoupçonnerent d'abord quelque choſe; & il faut avouer qu'en cette occaſion les *Romains* firent voir une perfidie plus noire que celle qui avoit décrié la Nation vaincue, & donné lieu au Proverbe (d) commun; *Foi de Carthaginois*.

(c) *Excerpt. Legat.* CXLII.

(d) *Punica fides.*

Comment on *étend* les Promeſſes, ou les Loix. par des *conjectures tirées d'autre choſe que du ſens des termes.*

§. XVII. OUTRE les *Conjectures* dont nous avons traité juſqu'ici, il y en a d'autres *qui ne ſont pas tirées du ſens même des termes de la Promeſſe ou de la Convention, ou de la teneur de la Loi*, en vertu deſquelles néanmoins on doit donner à la choſe dont il s'agit une interprétation tantôt étendue, & tantôt étroite. Surquoi il faut remarquer d'abord, que l'extenſion n'a pas lieu auſſi facilement, ni auſſi ſouvent, que la reſtriction; car comme partout ailleurs les Cauſes néceſſaires doivent toutes concourir à la production d'un Effet, au lieu que le défaut d'une ſeule ſuffit pour empêcher que cet effet ne s'enſuive: de même en matiere d'actes qui impoſent quelque Obligation, pour avoir lieu d'admettre une interprétation étendue, il faut que toutes les raiſons propres à l'autoriſer ſe trouvent jointes enſemble, au lieu que ſi une ſeule manque, dès-là l'interprétation peut & doit être reſtreinte. Nous avons dit ci-deſſus qu'en matiere des Choſes Favorables on peut quelquefois donner aux termes un ſens un peu étendu, quoiqu'éloigné de l'uſage ordinaire. Mais ici l'interprétation eſt bien plus délicate, & plus ſujette à erreur; car l'uſage naturel des paroles étant de donner à connoître nos penſées, il n'eſt pas hors d'apparence que celui qui parle ait eu dans l'eſprit un ſens peu commun à la verité, mais qui eſt quelquefois attaché aux termes dont il ſe ſert. Au lieu que les Conjectures dont nous allons traiter maintenant, tendent à perſuader que celui qui parle a eu dans l'eſprit quelque choſe qui n'eſt en aucune maniere renfermé dans le ſens des termes; deſorte qu'elles doivent être bien fortes & bien ſures, pour faire fonds là-deſſus. Et il ne ſuffit pas pour avoir lieu d'étendre, par exemple, une Loi, qu'en un certain cas il y ait une raiſon ſemblable à celle ſurquoi la Loi eſt fondée; il faut que la raiſon ſoit préciſément la même. Ce n'eſt pas encore toûjours aſſez; car la Volonté ſe détermine quelquefois à ſon gré, ſans autre raiſon, & néanmoins il n'en faut pas davantage pour impoſer quelque Obligation à ceux qui ſont dans la dépendance. Afin donc que l'extenſion de la Loi ſoit bien fondée, il faut être aſſuré, que la raiſon qui convient aux cas dont il s'agit eſt la (1) ſeule qui a porté efficacement le Légiſlateur à faire un tel réglement, & qu'il l'a enviſagée dans toute ſon étendue; enſorte que s'il eût penſé à ce cas, ou qu'il l'eût prévû, il l'auroit compris formellement dans la Loi, qui autrement deviendroit ou injuſte ou inutile. Il faut rapporter ici ce que les Rhétoriciens diſent au ſujet de leur *Lieu Commun des* (a) *Conſéquences*, qui conſiſtent, ſelon QUINTILIEN, *à inferer une choſe qui n'eſt pas écrite, d'une autre qui eſt écrite*; c'eſt-à-dire, en ce que l'on applique une Loi à un cas dont elle ne fait aucune mention (2),

(a) *Locus κατὰ συλλογισμόν.* Voyez *Quintilien Inſtit. Orator.* Lib. VII. Cap. VIII.

§. LVII. (1) Il n'eſt pas toûjours néceſſaire que la raiſon de la Loi ſoit unique, pour en autoriſer l'extenſion; car il y a ſouvent plus d'une choſe qui donne lieu à faire quelque Loi, & dans une ſeule & même choſe on peut ſe propoſer pluſieurs fins ou également, ou en ſorte que l'une ſoit principale, & les autres ſubordonnées. En ce cas-là, ſi celui qui parle s'eſt également propoſé les divers raiſons qu'il a eu en vûë, il faut les joindre toutes dans l'extenſion, de maniere que le cas ſemblable auquel la Loi peut être étendue en vertu d'une de ces raiſons, s'accorde toûjours avec toutes les autres. Mais lorſqu'il y en a une de principale, il n'eſt pas néceſſaire que le cas convienne auſſi aux autres ſubordonnées. C'eſt ce que remarque MR. THOMASIUS, *Inſt. Juriſp. Div.* Lib. II. Cap. XII. §. 90. *& ſeqq.*

(2) Voyez les Loix citées ci-deſſus, §. 10. *Note* 8.

parceque dans ce cas-là il y a une raiſon toute ſemblable à celle ſurquoi ſont fondées les choſes que la Loi ordonne formellement. L'Orateur allégue là-deſſus entr'autres, les exemples ſuivans : (3) *Il n'eſt pas permis de prendre en gage la Charrue d'un Laboureur : Donc on ne peut pas non-plus prendre en gage le ſoc de la Charrue. Il eſt défendu de tranſporter des Laines de* Tarente : *Donc on contrevient auſſi à la Loi ſi l'on fait venir de là des Brebis. Celui qui a tué ſon Pere doit être noyé, dans un Sac de cuir : Un tel a tué ſa Mere : Donc il doit ſubir le même ſupplice. Il n'eſt pas permis d'aller prendre quelqu'un dans ſa Maiſon pour le traîner en Juſtice : Donc on ne peut pas non-plus l'aller ainſi prendre dans ſa Tente.* Il y a un cas de même nature dans une Déclamation de Lucien (b) : *La Loi porte que quiconque tuera un Tyran, aura une récompenſe. Un homme étant monté à ce deſſein dans le Château, & n'y ayant pas trouvé le Tyran lui-même, a tué ſon Fils. Le Tyran de retour n'a pas plûtôt vû ſon Fils mort, que de douleur il s'eſt percé lui-même de l'Epée qui étoit demeurée dans le corps de ſon Fils. Là-deſſus celui qui a tué le Fils, demande une récompenſe, comme ayant ôté la vie au Tyran.* Erasme (c) ſoûtient, que cette prétenſion eſt mal fondée. Mais la raiſon & le fondement de la Loi fait voir que la récompenſe eſt dûë non ſeulement à ceux qui ont tué de leur propre main le Tyran lui-même, mais encore à ceux qui ont fait quelque choſe (4) d'où la mort du Tyran s'eſt immédiatement enſuivie ; n'y ayant point de doute que le Légiſlateur n'eût promis la récompenſe aux derniers auſſi-bien qu'aux premiers, ſi un tel cas lui fût venu dans l'eſprit. Ajoûtons quelques autres exemples. La Loi veut qu'un Mari qui a tué ſa Femme, ſoit puni de mort. Il y eut en quelque endroit de *France*, un homme qui voulant ſe défaire de ſa Femme, ne donna point à boire à ſa Mule pendant trois jours : après quoi il alla à la Campagne, comme pour ſe divertir, & mit ſa Femme ſur la Mule, qui ayant une ſoif extrême, n'eut pas plûtôt vû la Riviere qu'elle y courut avec beaucoup d'impétuoſité, deſorte que la Femme étant tombée dans l'eau, ſe noya. Le Mari certainement n'étoit pas moins coupable de cette mort, que s'il eût lui-même jetté ſa Femme dans l'eau. C'eſt auſſi en vain que les Freres de *Joſeph* s'imaginoient de commettre un moindre péché, en le jettant dans une (d) Foſſe où il ne pouvoit que mourir de faim, qu'en le tuant. Si dans le tems que les Murailles étoient les ſeules fortifications en uſage, deux Peuples fuſſent convenus enſemble de n'enclore aucun lieu de Murailles à une certaine diſtance ; on n'auroit pas pû non-plus y élever des remparts, ou faire tout autour aucune levée de terre, ſuppoſé que le but du Traité fût manifeſtement d'empêcher qu'il n'y eût point de Place forte dans le païs. Un homme à l'article de la mort, inſtitue *Titius* ſon Héritier, au cas qu'il ſurvive à l'Enfant dont il croit ſa Femme enceinte. Il ſe trouve qu'il ne naît point d'Enfant poſthume du Teſtateur. En ce cas-là l'Hérédité ne laiſſe pas de revenir de droit à *Titius :* car il eſt certain que l'unique motif qui a porté le Teſtateur à le faire ſon Héritier ſeulement au défaut de l'Enfant qu'il eſperoit devoir venir au monde, c'eſt la ſuppoſition que lui

(b) *Tyrannicida.* Tome I. pag 693. *& ſeqq.* Edit. Amſtel.

(c) Dans la Réponſe qu'il a faite à la Déclamation de *Lucien*, Tome I. pag 914. *& ſeqq.*

(d) *Geneſ.* XXXVII, 21, 22. *Joſeph.* Ant. Jud. *Lib. II. Cap. III.* §. 2. *Edit. Hudſ.*

(3) *Hic ſtatus* [Syllogiſmi] *ducit ex eo, quod ſcriptum eſt, id quod incertum eſt : quod quoniam ratiocinatione colligitur*, ratiocinativus *dicitur. . . . Quod in toto, & idem in parte :* Aratrum accipere pignori non licet ; vomerem accepit. . . . *Quod in parte, idem in toto :* Lanas vehere *Tarento* non licet ; oves vexit. . . . *Majoris pugna eſt, ex ſcripto ducere quod ſcriptum non eſt.* Qui patrem occiderit, culeo inſuatur: matrem occidit. Ex domo in jus educere ne liceat ; tabernaculis eduxit. Institut. Orat. Lib. VII. Cap. VIII. Voyez Digest. Lib. IX. Tit. II. *Ad legem Aquil.* Leg. VII. §. 7. où notre Auteur renvoye ici.

(4) ——— *Quicquid in mortem trahit*
*Telum eſt abunde.* ——— ———
Senec. *in Hercul Oet.* verſ. 859, 860.

L'Auteur citoit ce paſſage. Mais il faut remarquer que par rapport à l'imputation morale, il ne ſuffit pas que ce qu'on a fait ſoit par accident la cauſe de ce qui arrive. Or c'eſt ce qui a lieu ici, comme le prouve très-bien Erasme. Voyez Mr. Thomasius, *Inſtit. Juriſp. Divin.* Lib. II. Cap. XII. §. 98, 99. & ce que j'ai dit ci-deſſus, Liv. I. Chap. V. §. 3. *Note* 4.

Teſtateur mourût ſans lignée, & que par conſéquent s'il eût prévû qu'il ne naîtroit point d'Enfant ſien après ſa mort, il auroit inſtitué *Titius* ſon héritier abſolument & ſans condition (e). Il y a dans l'EXODE (f), une Loi qui porte que *ſi quelqu'un ne couvre pas une Citerne qu'il a ouverte ou creuſée, & qu'un Bœuf ou un Ane vienne à y tomber; il payera au Maître de la bête ce qu'elle peut valoir.* On voit bien que le mot de *Citerne* ſe doit étendre à toute ſorte de Foſſe, comme ceux de *Bœuf* & d'*Ane* à tout autre Animal domeſtique. En un mot il arrive très-ſouvent qu'une Loi peut & doit être appliquée à bien des choſes qui n'y ſont point exprimées, ſoit parce (5) qu'elles ſautent au yeux; ſoit parcequ'un Légiſlateur (6) ne ſauroit prévoir tous les cas, ni penſer à tout.

(e) Voyez *Digeſt.* Lib. V. Tit. II. *De inofficioſo teſtamento*, Leg. XXVIII.

(f) Chap. XXI, 33, 34.

De ce qui ſe fait *en fraude de la Loi.*

§. XVIII. L'EXTENSION dont je viens de parler, eſt encore d'un grand uſage, non ſeulement pour réprimer les (1) *fraudes*, par leſquelles des gens malheureuſement ſubtils tâchent d'*éluder la Loi*, mais encore pour diſſiper en général toute ſorte de chicanes (a). Les Interprêtes du Droit Romain réduiſent ces fraudes à quatre claſſes. 1. *Lorſque l'on déguiſe la choſe* au ſujet de laquelle il eſt défendu de traiter; comme ſi, pour éluder la Loi qui défend de prêter de l'argent à un Fils de famille, (2) on lui prête du Blé, du Vin, ou de l'Huile, qu'il vend enſuite. 2. *Lorſque l'on déguiſe les perſonnes* avec qui l'on contracte (3), comme ſi l'on donne ſes biens à un tiers interpoſé pour les faire paſſer à une perſonne en faveur de qui l'on ne pouvoit pas en diſpoſer. 3. *Lorſque l'on déguiſe les Contracts*, comme ſi l'on vend (4) à grand marché une choſe qu'il n'etoit pas permis de donner à celui qui l'achete. 4. Enfin lorſque l'on *déguiſe la maniere de traiter*, comme ſi une Femme qui ne peut pas validement s'obliger pour autrui, (5) s'oblige en ſon propre nom envers celui-là même qui auroit eu à faire avec un tiers. Voici pluſieurs exemples de pareilles fraudes en matiere de Loix & de Conventions. *Licinius Stolon* ayant fait établir une Loi, (b) qui ordonnoit, que perſonne ne poſſédât pas plus de cinq cens arpens de terre, en acheta pourtant lui-même mille, dont il fit ſemblant de vendre la moitié à ſon Fils. Surquoi étant accuſé, il fut le premier jugé & condamné par ſa propre Loi. Dans le tems que l'Iſle du *Phare* d'*Alexandrie* étoit tributaire des *Rhodiens* (c), ceux-ci ayant envoyé des gens pour lever l'impôt, la Reine *Cleopatre* les arrêta quelque tems à ſa Cour, ſous prétexte de certaines Fêtes. Pendant cela elle fit promptement jetter des digues, pour joindre le *Phare* au Continent; après quoi elle ſe mocqua des *Rhodiens*, & leur envoya dire,

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. X. Tit. IV. *Ad exhibendum*, Leg. XIX. Lib. XXXV. Tit. I. *De condit. & dem.* Leg. LXXVI. & Lib. XLVIII. Tit. V. *Ad Leg. Jul.* Leg. *XXXIII.* §. 1.

(b) *Valer. Max.* Lib. VIII. Cap. VI. §. 3. & *Plin. Hiſt. Nat.* Lib. XVIII. Cap. III. Voyez d'autres exemples dans *Quintil.* Declam. CCLXIV. intitulée, *Fraus legis Voconiæ*: & au ſujet de la Loi *Papienne Poppéenne*, Sueton. *in Auguſt.* Cap. XXXIV. & *in Tiber.* Cap. XXXV. *in fin.* & *Tacit.* Annal. XV, 19. Voyez auſſi *Saumaiſe* ſur *Plaut.* Bacch. A. IV. Scen. IX. v. 52. où il parle d'un autre exemple.

(c) *Ammian. Marcell.* Lib. XXII. Cap. XVI. p. 373. *Edit. Gronov.*

(5) *Scriptum Legis anguſtum eſt, interpretatio diffuſa eſt: quædam verò tam manifeſta ſunt ut nullam cautionem deſiderent.* SENEC. *Controv.* XXVII. Notre Auteur citoit encore LYSIAS, Orat. *X. contra Theomneſt.* II. Cap. II. & LIBANIUS, Declam. XXXI.

(6) *Nulla tanta providentia potuit eſſe eorum, qui Leges componebant, ut omnes ſpecies criminum complecterentur. Nam & ſemper caventes Nequitia viciſſet; & Jus ita multiplex atque diffuſum eſſet, ut pro incerto haberetur ignotum. Fecerunt ergo, ut rerum genera complecterentur & ſpectarent ipſam Æquitatem. Multa ergo inveniuntur frequenter, quæ Legum verbis non tenentur, ſed ipſa vi & poteſtate tenentur.* QUINTIL. Declam. CCCXXXI. Voyez auſſi CICERON. *De Invent. Lib.* II. Cap. XLII. & Orat. *pro Cæcina*, Cap. XVIII. Toutes citations de l'Auteur.

§. XVIII. (1) *Contra Legem facit, qui id facit, quod Lex prohibet: in fraudem verò, qui, ſalvis verbis Legis, ſententiam ejus circumvenit. Fraus enim Legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: & quod diſtat* ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, *id eſt* dictum à ſententia; *hoc diſtat fraus ab eo, quod contra Legem fit.* DIGEST. Lib. I. Tit. III. *De Legibus*, &c. Leg. XXIX. XXX.

(2) *Sed ſi fraus ſit Senatuſconſulto* [ Macedoniano ] *adhibita, frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato, ut his diſtractis fructibus uteretur pecunia, ſubveniendum eſt Filiofamilias.* DIGEST. Lib. XIV. Tit. VI. *De Senatuſconſulto Macedon.* Leg. VII. §. 3. Voyez auſſi *Leg.* III. §. 3.

(3) Un Mari, par exemple, qui donne à ſa Femme, ou une Femme à ſon Mari, par l'interpoſition d'un tiers, contre les défenſes du Droit Romain. Voyez DIGEST. Lib. XXIV. Tit. I. *De donationibus inter virum & uxorem*, Leg. V. & TITE LIVE, Lib. XXXV. Cap. VII. que l'Auteur citoit ici.

(4) JULIANUS, *minoris factam venditionem nullius eſſe momenti ait.* DIGEST. *ibid.* §. 5. Voyez ci-deſſus Chap. II. §. 10. *Note* 1.

(5) *Si quum eſſem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipſa potius contraham: videtur interceſſiſſe.* DIGEST. Lib. XVI. Tit. I. *Ad Senatuſc. Velleianum*, Leg. VIII. §. 14. Mr. THOMASIUS, *Inſt. Juriſpr. Div.* Lib. II. Cap. XII. §. 102. dit, qu'il n'y a pas grande différence entre cette derniere ſorte de fraude & la précédente. Il remarque auſſi, qu'on pourroit peut-être trouver des fraudes qui ne ſe rapporteroient à aucune de ces claſſes.

qu'ils avoient mauvaiſe grace de vouloir lever ſur la Terre ferme un impôt qu'ils ne pouvoient exiger que des Iſles. Une ancienne Courtiſane, nommée *Lionne* (d), ayant tué un Tyran, on ne ſçavoit comment faire pour lui élever une Statue dans un Temple d'*Athénes*, parcequ'une Loi de ce Païs-là défendoit d'y mettre aucune Statue de Courtiſane. Là-deſſus on s'aviſa d'un expédient, ce fut d'y dreſſer une figure de l'animal dont elle portoit le nom. Comme il étoit défendu d'ôter les Trophées, les *Rhodiens* (e) en firent murer un que la Reine *Artémiſe* avoit dreſſé, & qui leur étoit ignominieux. Les *Lacédémoniens* demandant aux *Athéniens* l'abolition d'une Ordonnance qui défendoit le commerce avec les *Mégariens ;* (f) *Péricles* oppoſa à cette propoſition une Loi, qui portoit *que perſonne ne pourroit ôter les tables ſur leſquelles on auroit écrit quelque Ordonnance du Peuple*. Là-deſſus un des Ambaſſadeurs de *Lacédémone* répondit plaiſamment : *Hé bien, ne les ôtez pas, retournez-les ſeulement, il n'y a point de Loi qui le défende*. Un Roi de *Portugal* voulant empêcher, pour certaines raiſons, que les Eccléſiaſtiques ne ſe ſerviſſent de Mulets ; comme ils alléguoient leurs priviléges, il trouva moyen de les éluder, défendant à tous les Maréchaux, ſur peine de la vie, de ferrer aucun Mulet. Ainſi les Eccléſiaſtiques furent obligez de renoncer d'eux-mêmes à l'uſage de cette ſorte de monture. Un Romain, nommé *Sulpicius* (g), s'étant oppoſé d'abord à la propoſition qu'on faiſoit de rappeller les Exilez, qui n'avoient pû plaider leur cauſe, changea enſuite de ſentiment, & propoſa lui-même cette Loi. Il prétendoit néanmoins que ce n'étoit pas la même Loi : car, diſoit-il, je parle du rappel de ceux qui ont été *chaſſez*, & non pas des *exilez*. Comme ce n'étoit pas la coûtume à *Rome* d'étrangler les Filles (h), l'Empereur *Tibere* les faiſoit premierement violer par le Bourreau, qui enſuite les étrangloit. Il y avoit une Loi qui défendoit (i) aux *Corinthiens* de donner aucun Vaiſſeau aux *Athéniens*. Pour éluder cette Loi, ils leur en vendirent à cinq drachmes la piéce. Un riche (k) *Ecoſſois* inventa un plaiſant ſtratagême pour éluder la Loi qui défend de vendre les Benefices Eccléſiaſtiques. Comme le Roi avoit beſoin alors d'argent, cet homme gagea avec lui une groſſe ſomme, qu'il ne lui donneroit pas le premier Bénéfice vacant, & il ne manqua pas de perdre ſa gageure, comme il le ſouhaitoit, & comme il pouvoit bien le prévoir (6).

(d) *Lactant. de fálſa relig.* ſive Lib. I. Inſtit. div. C. XX. num. 3. *Edit. Cellar.*

(e) *Vitruv. de Archit.* Lib. II. Cap. VIII.

(f) *Plutarch. in Periclem*, p. 168. D. Tom. II. *Edit. Wechel.*

(g) *Auctor ad Herenn.* Lib. II. Cap. XXVIII.

(h) *Sueton.* Cap. LXI. & *Tacit.* Annal. V, 9.

(i) *Herodot.* Lib. VI. c. 89. Voyez *Digeſt.* Lib. XLIV. Tit. VII. *De obligat. & action.* Leg. LIV.

(k) *Buchanan. de rebus Scoticis*, Lib. XIV. pag. 497. *Edit. Holl.* 1643. Voyez d'autres exemples dans *Dion. Caſſ.* Lib. LV. p. 641. *Edit. H. Steph. Tacit.* Ann. II, 30. *Xenoph.* rerum Græc. Lib. II. Cap. III. §. 20. *Edit. Oxon. Ammian. Marcell.* Lib. XXVIII. Cap. IX. *Xiphilin.* in Neron. pag. 173. *Edit. Rob. Steph.* au ſujet de *Tiridate.*

§. XIX. * VOILA pour l'extenſion des Promeſſes ou des Loix, au-delà de ce qui eſt renfermé dans les termes mêmes. Mais on les borne auſſi quelquefois à une partie (1) de ce qu'emportent les termes pris dans toute leur étendue ; & cette reſtriction ſe fait par des *Conjectures* fondées ou ſur une *préſomption d'un défaut originaire de volonté*, (2) ou ſur *l'incompatibilité du cas qui arrive, avec la volonté* du Légiſlateur ou des

* Comment on *reſtreint* les Conventions ou les Loix par des Conjectures qui ſe tirent, 1. D'un *défaut originaire de conſentement, ou de volonté*, que l'on connoît en trois manieres.

(6) Outre les exemples, que j'ai renvoyez à la marge pour abreger le Texte qui en eſt aſſez chargé, notre Auteur rapportoit ici, ſur la foi de BUSSIERES, *Hiſt. de France*, Liv. VIII. celui de *Philippe*, Evêque de *Beauvais*, qui ſous le Régne de *Philippe Auguſte*, ſe trouvant à la Bataille de *Bouvines*, ſe battit vigoureuſement ; mais, pour ne pas verſer, diſoit-il, le ſang humain, aſſommoit les Ennemis à coups de maſſuë. Voyez là-deſſus Montagne, Liv. I. Chap. XLI. tout à la fin, avec la Note de Mr. COSTE, Tome I. page 514, 515. *Edit. de la Haye* 1727. à quoi on peut joindre l'*Hiſtoire de France* du P. *Daniel*, Tome II. page 712. *Edit. d'Amſt.* & une Diſſertation de CASPAR ZIEGLER, intitulée *Epiſcopus Miles*, Cap. XI. §. 39.

§. XIX. (1) *Non ergo omnia ſcriptis, ſed quædam, quæ perſpicua ſunt, tacitis exceptionibus caveri.* CICER. *De Inventione*, Lib. II. Cap. XLVII.

(2) Mr. THOMASIUS *Inſtit. Juriſpr. div.* Lib. II. Cap. XII. §. 104, 105. ne trouve pas cette diviſion aſſez nette, ni aſſez juſte. Car, dit-il, toute interpretation doit ſe faire conformément à ce que la perſonne, dont on explique les paroles, vouloit & entendoit dans le tems même qu'elle parloit ou qu'elle écrivoit, & non pas avant ni après : ainſi on ne peut jamais fonder la reſtriction des termes generaux ſur l'incompatibilité d'un cas qui arrive avec la volonté du Légiſlateur ou des Contractans, par oppoſition au défaut originaire de volonté. De-plus, on reſtreint ordinairement les termes, à cauſe qu'il y a lieu de préſumer que le Légiſlateur ou les Contractans ont dit plus qu'ils n'avoient dans l'eſprit, & ne penſoient nullement alors au cas dont il s'agit : ainſi la reſtriction ſuppoſe toûjours un cas ſurvenu qui n'eſt pas conforme à la volonté de celui dont on examine les paroles. Par con-

Conrractans. C'eſt-à-dire, qu'il faut apporter quelque exception ou quelque limitation à des termes généraux, ou parceque, dans le tems même qu'ils ont été écrits ou prononcez, celui qui parloit ne prétendoit pas les étendre à certains cas; ou parceque le cas ſurvenu ne s'accorde pas avec ce qu'il a voulu & entendu.

Le *défaut originaire de conſentement ou de volonté*, s'infére 1. Des *abſurditez manifeſtes* qui s'enſuivroient, ſi l'on n'apportoit quelque reſtriction à des termes généraux: car on ne doit jamais préſumer, qu'une perſonne de bon ſens veuille des choſes abſurdes. C'eſt par-là, à mon avis, qu'on peut décider un fameux Procès qu'il (a) y eut autrefois entre un Maître de Rhétorique, & ſon Diſciple. *Protagoras* (c'eſt le nom du Maître) étoit convenu avec *Evathle* d'une groſſe ſomme pour ſon ſalaire, mais que celui-ci ne devoit payer qu'après avoir gagné la premiere Cauſe qu'il plaideroit. Le Diſciple ayant bien appris toutes les ſubtilitez de la Rhétorique, faiſoit difficulté de payer ce qu'il avoit promis à *Protagoras*, qui fut enfin obligé de l'appeller en Juſtice. *Evathle* prétendoit ſe tirer aiſément d'affaires, ſans qu'il lui en coûtât rien, & voici comme il raiſonnoit: *Si je gagne mon procès, la Sentence du Juge me diſpenſera de payer; & ſi je le perds, je ne devrai rien non-plus à* Protagoras, *puiſque telles ſont nos conventions, qu'il ne ſauroit demander aucun ſalaire, ſi je n'ai gagné ma premiere Cauſe.* Mais, quoique cette clauſe paroiſſe générale & illimitée, ſi *Evathle* avoit été condamné par les Juges à payer, elle ne lui ſervoit de rien pour éluder la Sentence (3); car en traitant on n'avoit point penſé à cela, & il eſt abſurde de s'imaginer qu'un Contractant acquieſce à une condition tacite dont l'effet empêcheroit qu'il ne pût obtenir ce qui lui ſeroit dû en vertu de l'accord même où on l'inſere. Il faut rapporter encore ici cette régle des Juriſconſultes, que *quand une perſonne parle en général contre ceux du nombre deſquels elle eſt, elle s'excepte toûjours elle-même.* Ainſi on ne ſauroit rai-

(a) *A. Gellius*, Lib. V. C. X. *Apuleius, Floridor.* pag. 360. *Edit. Elmenh.* Lib. III. *Diog. Laert.* Lib. IX. §. 56. *Sext. Empir.* L. II. *adverſ. Mathematic.* §. 97, 98. *Edit. Fabric.*

ſequent, on ne voit pas bien comment le défaut originaire de volonté peut être oppoſé à l'incompatibilité du cas dont il s'agit, avec la volonté du Légiſlateur ou des Contractans. Voyez auſſi Mr. TITIUS., *in Pufend.* Obſerv. 433. Mais j'ai montré depuis ſur l'endroit même de GROTIUS, de qui notre Auteur à emprunté cette diſtinction, qu'elle peut être expliquée d'une maniere très-raiſonnable. GROTIUS n'avoit garde de ſe mettre dans l'eſprit qu'on dût ſuppoſer ici une volonté poſtérieure diſtincte de la volonté originaire, ni de les oppoſer l'une à l'autre ſur ce pied-là. La choſe eſt trop viſiblement abſurde, pour qu'on puiſſe l'attribuer à ce grand Homme, ſans des preuves plus fortes que celles qu'on allégue, & qui ne ſont fondées que ſur un malentendu. Il paroît, par tous les endroits où il a eu occaſion de parler des préſomptions comme celles-ci, qu'il avoit égard à ce qu'auroient vraiſemblablement déclaré ceux dont on veut expliquer les paroles, ſi on leur eût demandé alors quelque explication ſur tel ou tel cas. Mais il avoit fait réflexion, qu'il y a des choſes qui arrivent aiſément, & que l'on peut à cauſe de cela ſuppoſer avoir été prévûës en quelque maniere: d'autres, qui ſont tout-à-fait extraordinaires, enſorte qu'on ne peut guéres préſumer que le Légiſlateur ou les Contractans y ayent penſé ou pû penſer. On doit juger à la verité des unes & des autres par ce qu'ils ont *voulu* dès le commencement: mais, à proprement parler, on ne peut pas dire qu'ils ayent *voulu*, ou non, ce à quoi on ſuppoſe qu'ils n'ont ni penſé ni pû penſer: ainſi il ne reſte plus qu'à voir comment on accordera le cas qui arrive avec leur volonté originaire & réelle. Or ici, par cela même que le cas eſt extraordinaire, il n'eſt pas auſſi facile de conjecturer ce que le Légiſlateur ou les Contractans auroient voulu, s'il eût pû leur venir dans l'eſprit; & d'ailleurs les principes ſur leſquels on doit fonder la reſtriction, n'ont pas une liaiſon auſſi immédiate & auſſi manifeſte avec la nature même de la choſe, que dans les cas ordinaires, où l'on ſuppoſe un défaut originaire de volonté. Voyez ci-deſſous, §. 22. *Note* 1.

(3) Il eſt ſurprenant que les Juges de l'*Areopage* ayent trouvé cette queſtion inexplicable, & renvoyé là-deſſus les Parties à *un terme très long*, comme dit *Aulu-Gelle*, c'eſt-à-dire, apparemment, à jamais. Mr. DE TOUREIL, (*Eſſais de Juriſprud.* Queſt. IV. où il écrit toûjours mal *Evalthe*, pour *Evathle*) dit, *que la juſteſſe & la vivacité de la replique* du Diſciple *mirent les rieurs de ſon côté;* & il loue les Juges d'avoir *ſauvé l'honneur du Tribunal par l'aveu courageux de leur inſuffiſance.* Mais je ne ſçai ſi le fondement de l'éloge n'en diminuë pas autant le prix, que le défaut de *juſteſſe* celui de la *vivacité de la replique.* Au reſte, d'autres anciens Auteurs, qui rapportent la même hiſtoire, en changent les perſonnages, & quelques circonſtances. Voyez Mr. FABRICIUS, ſur l'endroit de SEXTUS l'*Empirique*, cité en marge. Notre Auteur remarquoit ici un Sophiſme approchant, dont ſe ſervit un Sophiſte. *Ariſtide* avoit promis dix ſols à celui qui lui diroit une verité. Le Sophiſte lui dit: *Vous ne me donnerez pas les dix ſols.* Si *Ariſtide* les lui donne, il les donne à celui qui a menti: s'il ne les lui donne pas, le Sophiſte a dit la verité; & *Ariſtide* manque à ſa parole. Je ne ſçai, d'où eſt tiré ce conte.

(4) Voyez le *Dictionnaire Hiſt. & Critique* de BAYLE, à l'Article *Euclide*, Note D. page 1123, 1124. de la 3. Edit. & à l'Article *Philetas*, Lett. E. page 2278, 2279.

ſonnablement prétendre, que le Poëte *Epiménide*, originaire de l'Ile de *Créte*, ſoit convaincu de menſonge par ſes propres paroles, (4) ſous prétexte qu'il a dit: (b) *Les Crétois ſont toûjours menteurs.* Sur ce fondement, je ne ſaurois approuver la maniere dont le Poëte (c) Lucréce raiſonne contre les *Académiciens*, lorſqu'il dit: (5) *Ceux qui croyent qu'on ne ſçait rien, doivent reconnoître par cela même, qu'ils ne ſçavent pas ſi l'on peut être aſſuré que l'on ne ſçache rien.* La conſéquence n'eſt pas juſte: car celui qui dit qu'il n'eſt pas poſſible de rien ſçavoir, donne aſſez à entendre par-là, (6) qu'il y a une choſe qu'il ſçait, c'eſt qu'on ne peut rien ſçavoir. Il faut expliquer ainſi le paſſage d'Apulée (7): Celui qui dit, qu'*il ſe tait*, dément ce qu'il affirme, par cela même qu'il parle en l'affirmant. Et dans un ſonge, que (8) Lactance rapporte comme donné dans les Ecoles pour exemple de choſes qui ſe détruiſent elles-mêmes; quelque fût le Génie qui avoit averti celui qui ſongeoit *de ne pas croire aux ſonges*, il vouloit ſans doute qu'on ajoûtat foi à celui-ci, pour qu'on ne donnât déſormais créance à aucun autre.

(b) Voyez *Tite*, I, 12.

(c) Et auſſi *Lactance*, Inſt. D. Lib. III. Cap. VI. *num.* 11, 12. *Edit. Cellar.*

2. Une autre conjecture, qui fait préſumer que le Légiſlateur ou les Contractans n'ont point conſenti dès le commencement, c'eſt lorſque la *raiſon*, qui ſeule les avoit pleinement & efficacement determinez, (9) *ne convient pas à un certain cas*, d'ailleurs renfermé dans l'étendue des termes; car quand les choſes preſcrites par la Loi, ou ſtipulées dans un Engagement, ſont fondées ſur quelque raiſon, qui s'y trouve formellement exprimée, ou dont on eſt du moins aſſuré d'ailleurs, on ne les conſidére point abſolument & en elles-mêmes, mais par rapport à la liaiſon qu'elles ont avec cette raiſon. En voici un exemple, tiré d'une Loi du Droit Romain, qui défend aux Patrons de faire jurer leurs Affranchis, qu'ils ne ſe marieront point, ou qu'ils n'éléveront point

(5) *Denique, nil ſciri ſi quis putat, id quoque neſcit,*
*An ſciri poſſit, quod ſe nil ſcire fatetur.*
Lib. IV. verſ. 471, 472.

(6) Fort-bien. Mais s'il y a quelque bonne raiſon pour laquelle il croye ſçavoir qu'on ne ſçait rien, on ſe ſervira de cette même raiſon pour lui prouver qu'il y a d'autres choſes qu'on peut ſçavoir; & par conſéquent qu'il eſt faux qu'on ne ſçache rien, ou qu'on en puiſſe être aſſuré.

(7) *Nam, ut abſurdè facit, qui* tacere *ſe dicit, quòd ibidem dicendo tacere ſeſe, non tacet, & ipſâ profeſſione quod profitetur infirmat*, &c. Apolog. *page* 89. *Edit. Pric.*

(8) *Huic ſimile eſt illud, quod in ſcholis proponi ſolet in aſyſtati generis exemplum*; Somniaſſe quendam, ne ſomniis crederet. *Si enim crediderit, tum ſequitur ut credendum non ſit: ſi autem non crediderit, tum ſequitur ut credendum ſit.* Inſt. Div. Lib. III. Cap. VI. *num.* 13. Je vois qu'Hermogene attribuë ce ſonge à *Alexandre le Grand*, Partit. Orat. *Sect.* III. Pour ce qui eſt du raiſonnement de notre Auteur là-deſſus, il eſt bien vrai que ſi on ſuppoſe, comme il fait, que quelque Intelligence a procuré ce ſonge, elle a prétendu qu'on l'exceptât du nombre de ceux auſquels on ne doit point ajoûter foi. Mais cela ne décide rien pour le fond de la queſtion; car ſi l'on n'a pas d'ailleurs quelque principe par lequel on puiſſe juger qu'il y a des Songes veritables, on ne ſauroit être aſſuré que celui-ci l'eſt, ni par conſequent qu'il ne faut déſormais croire à aucun autre. Notre Auteur rapportoit ici un autre exemple, que l'on peut voir ci-deſſus, §. 7. *Note* 8.

(9) Ici encore, comme le remarque Mr. Thomasius, *Inſt. Juriſpr. Div.* Lib. II. Cap. XII. §. 144. *& ſeqq.* il faut diſtinguer s'il y en a une ou pluſieurs raiſons, que le Légiſlateur ou les Contractans ayent eu en vûë; & ſi, ſuppoſé qu'il y ait pluſieurs raiſons celui qui parle les a regardées ſur le même pied, ou non. Si les diverſes raiſons ont eu une égale force dans ſon eſprit, dès-là qu'une ſeule manque il faut reſtreindre les termes dans leſquels eſt conçuë la Loi. Mais s'il y a une raiſon principale, tant qu'elle ſubſiſte, il n'importe qu'une ou pluſieurs des raiſons ſubordonnées viennent à manquer; la reſtriction n'a pas lieu pour cela ſeul: comme au contraire, du moment que cette raiſon principale ceſſe, toutes les autres perdent leur force. Il y a auſſi une autre exception à faire ſur ce ſecond chef de conjectures, outre l'exception dont l'Auteur parle dans le paragraphe ſuivant, après Grotius, & celle dont il a traité ci-deſſus, §. 10. à la fin du premier *à linea*. C'eſt qu'il ne ſuffit pas que la raiſon de la Loi ceſſe en certains cas qui n'arrivent que très-rarement; mais il faut que le cas ſoit de nature à arriver aſſez ſouvent. Par exemple, la raiſon pourquoi un Enfant, qui n'eſt pas encore en âge de Puberté, ne peut pas teſter validement, c'eſt qu'il n'eſt pas en état de diſpoſer de ſes biens avec connoiſſance & avec meure déliberation. Si donc il ſe trouve un Enfant en qui le jugement n'ait pas attendu l'âge de Puberté, comme c'eſt une eſpece de prodige, le Teſtament d'un tel Enfant ne laiſſera pas d'être nul, ſelon la Loi generale. Voyez Mr. Thomasius, *ubi ſuprà*, §. 153, 154. Il y a auſſi quelquefois des inconveniens, à cauſe deſquels les Légiſlateurs ont raiſon de ne pas vouloir qu'on faſſe aucune exception aux Loix generales; comme la difficulté de diſtinguer les cas particuliers où il n'y auroit rien de contraire au but de la Loi; l'occaſion que cela pourroit fournir de l'éluder pour favoriſer quelqu'un; le danger qu'elle ne perdît enfin peu-à-peu ſon autorité, &c. Joignez ici ce que j'ai dit dans mon Traité *du Jeu*, Liv. III. Chap. IX. §. 3,

d'Enfans. *Quoique la Loi*, diſent les Juriſconſultes, (10) *n'excepte perſonne formellement, cela ne ſe doit néanmoins entendre que de ceux qui ſont en état d'avoir des Enfans. Deſorte que ſi un Patron avoit exigé un tel ſerment de quelque Affranchi qui fût Eunuque, il ne ſeroit point ſujet à la peine portée par cette Loi.* En effet, la raiſon pourquoi on défendoit cela, c'étoit de-peur qu'un Patron avide (11) n'empêchât la multiplication des Citoyens: or on ne pouvoit rien attendre à cet égard d'un Eunuque.

3. Enfin le défaut originaire de volonté ſe conclut du *défaut de la matiere*, ou de ce que la nature même de la choſe ne permet pas d'étendre plus loin des termes généraux; car on doit toûjours préſumer, que le ſujet dont il s'agit a été inceſſamment devant les yeux de celui qui parle. Par exemple, ſi un *Fief* a été donné à quelqu'un *pour lui & pour ſes Deſcendans mâles*, les Deſcendans mâles ſortis d'une de ſes Filles ne ſont pas compris là-dedans, cet ordre de Succeſſion étant contraire à la nature même d'un tel Fief, qui exclut entierement les Femmes, & par conſéquent auſſi leurs Deſcendans, quoique mâles.

Surquoi il y a deux remarques à faire.

(a) *Ubi ſuprà*, §. 25.

§. XX. MAIS il faut remarquer, avec (a) GROTIUS, que *quand on parle de la raiſon qui ſeule a pleinement & efficacement déterminé la volonté, on y rapporte ſouvent certaines choſes conſidérées non par rapport à leux exiſtence actuelle, mais par rapport à leur poſſibilité Morale, qui ſuffit pour qu'on ne doive faire aucune reſtriction.* C'eſt-à-dire, que quand on eſt convenu de quelque choſe en vûë d'une certaine raiſon, comme pour prévenir quelque danger, ou éviter quelque perte, quelque incommodité, ou tel autre inconvénient; la Convention a lieu non ſeulement lorſque le mal, au-devant duquel on a voulu aller, s'enſuivroit effectivement; mais encore dans les cas où il y a apparence qu'il arrivera, ou du moins il n'eſt pas difficile qu'il arrive. Par exemple, ſi un Traité conclu entre deux Peuples porte qu'on n'envoyera point d'Armée ni de Flotte dans un certain lieu, quoique le but de cette clauſe ſoit de ne recevoir par-là actuellement aucun dommage, il n'eſt plus permis déſormais de mener ni Armée ni Flotte dans l'endroit marqué, quand même ce ſeroit ſans aucun mauvais deſſein: car il ſuffit que la Partie intéreſſée puiſſe en prendre de l'ombrage, à cauſe de la ſituation du lieu, qui met l'autre en état de lui faire du mal aiſément quand l'envie lui en prendra; & l'on s'étoit propoſé de ſe précautionner non ſeulement contre une invaſion actuelle, mais encore contre tout ſujet apparent de crainte. De même, ſuppoſé qu'il ſoit défendu d'aller de nuit par les ruës avec des Flambeaux, on ne ſera pas reçu à dire, pour s'excuſer d'avoir contrevenu à la Loi, que l'on s'eſt ſervi de ſon Flambeau avec tant de circonſpection, que perſonne n'en a ſouffert du dommage (1).

On demande ici encore, ſi les Promeſſes & les Engagemens renferment cette condition tacite, *ſuppoſé que les choſes demeurent en l'état où elles ſont?* En général il faut répondre, que non; car cette condition étant odieuſe, (2) puiſqu'elle tend à annuller la Promeſſe; on ne

(10) *Quamvis nulla perſona Lege excipiatur, tamen intelligendum eſt, de his Legem ſentire, qui Liberos tollere poſſunt. Itaque ſi caſtratum Libertum jurejurando quis adegerit, dicendum eſt, non puniri Patronum hac Lege.* DIGEST. Lib. XXXVII. Tit. XIV. *De jure Patronatus*, Leg. VI. §. 2. Dans cet exemple, on voit clairement que le fondement de la reſtriction des termes generaux a une liaiſon manifeſte avec le but de la Loi; & qu'ainſi on a tout lieu de ſuppoſer un défaut originaire de volonté. D'ailleurs, l'uſage des Eunuques étant aſſez commun chez les *Romains*, on pouvoit préſumer que le Légiſlateur avoit prévû ce cas, & que néanmoins il n'avoit pas jugé néceſſaire de l'excepter expreſſément, parceque la choſe parloit delle-même.

(11) C'eſt que, ſi un Affranchi mouroit ſans enfans, tous ſes biens, ou du moins une partie, revenoient à ſon Patron, ou à celui de qui il avoit été Eſclave; car c'eſt ce que ſignifie ici le mot de *Patron*. Voyez INSTITUT. Lib. III. Tit. VIII. *De ſucceſſione Libertorum*.

§. XX. (1) Voyez un autre exemple, dans ce que l'Auteur dira ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. VI. §. 11.

(2) Ce n'eſt pas parceque la condition eſt odieuſe; mais à cauſe que, ſi on la ſuppoſe renfermée dans tout Engagement, il n'y en aura guéres ſur lequel on puiſſe compter avec quelque ſureté, vû les frequens changemens qui arrivent dans les choſes du monde & dans les affaires des Particuliers.

§. XXI.

ne doit pas aiſément préſumer qu'elle y ait été attachée. Il faut ou que cela paroiſſe par l'acte même, ou que cette raiſon, dont nous avons parlé, qui ſeule a pleinement & efficacement déterminé la Volonté à donner ſon conſentement, renferme manifeſtement la ſuppoſition de l'état préſent des choſes. L'Hiſtoire nous fournit divers exemples d'Ambaſſadeurs, qui apprenant qu'il étoit arrivé, chez les Puiſſances auprès de qui ils alloient, quelque changement qui faiſoit entierement ceſſer le ſujet de leur Ambaſſade, ont auſſi-tôt rebrouſſé chemin : comme fit *Titus*, (b) quand il ſçut que *Galba* avoit été tué.

(b) Voyez *Tacit.* Hiſtor. Lib. II. Cap. I.

§. XXI. POUR ce qui regarde *l'incompatibilité d'un cas qui arrive, avec la volonté du Légiſlateur ou des Contractans*, on la conjecture par des raiſons tirées ou *des principes de la Lumiere Naturelle*, ou de *quelque indice particulier de la volonté* de celui qui parle.

2. De l'*incompatibilité d'un cas qui arrive avec la volonté du Légiſlateur, ou des Contractans*; ſoit parceque cela engageroit à une choſe illicite.

ARISTOTE (a) met & dans l'Entendement, & dans la Volonté, une Vertu ou une Habitude particuliere, dont l'Office eſt de faire connoître l'intention de quelqu'un par les lumieres de la Raiſon Naturelle (b). Celle qui eſt dans l'Entendement, il l'appelle (c) *Bon-Sens*, ou *Connoiſſance de ce qui eſt* (d) *droit & juſte* : & celle qui eſt dans la Volonté, il la nomme (e) *Equité*, ou *Amour de l'Equité*. Le même Philoſophe définit très-bien l'EQUITÉ, (1) *une juſte explication, par laquelle on redreſſe ce qui ſe trouve de défectueux dans la Loi à cauſe des termes trop généraux dans leſquels elle eſt conçue.* C'eſt-à-dire, que la droite interprétation conſiſte ici à faire voir par les principes du Bon-Sens naturel, qu'un certain cas particulier (2) n'eſt point compris ſous une Loi generale, parcequ'autrement il s'enſuivroit de là quelque abſurdité. GROTIUS (f) a remarqué, que l'Equité ne ſauroit avoir lieu en matiere des Loix naturelles; parceque la Nature ne parle jamais d'une maniere plus generale que la Loi ne le demande. Mais, ajoûte-t-il, quoique les Loix Naturelles ne ſoient pas en elles-mêmes ſuſceptibles d'une interprétation ſelon l'Equité, elles peuvent en avoir beſoin, entant qu'elles ſont exprimées par les Hommes d'une maniere trop (3) generale. Par exemple, la maxime qu'*il faut rendre à chacun le ſien*, doit être expliquée avec cette reſtriction, *pourvû qu'il ait l'uſage de la Raiſon, & qu'on puiſſe lui rendre ce qui lui appartient, ſans violer une Loi dont l'autorité doit prévaloir.* L'uſage de l'Equité regarde donc proprement les Loix, entant qu'écrites : mais on peut auſſi l'étendre à proportion aux Teſtamens & aux Conventions. Comme on ne ſauroit ſurtout en matiere de Loix, ni prévoir tous les cas (g), ni les ſpécifier tous, à cauſe de leur varieté infinie; il faut laiſſer à ceux qui ſont chargez du ſoin d'appliquer les Loix, la liberté d'y apporter quelque exception dans les cas accompagnez de certaines circonſtances particulieres, qui les auroient fait excepter au Légiſlateur lui-même, s'il les avoit prévûs, ou qui le lui feroient excepter,

(a) *Ethic. Nicomach.* Lib. V. Cap. X.

(b) Voyez-en un exemple, *Digeſt.* Lib. XLVII. Tit. II. *De Furtis*, Leg. LXI. §. 5.

(c) Γνώμη.

(d) Εὐγνωμοσύνη.

(e) Ἐπιείκεια.

(f) *Ad Campanella Politica*, pag. 120, 121 *Edit. Amſtel.* 1651. Opuſc. argum. Theolog. Jurid. Polit.

(g) Voyez ci-deſſus §. 17. à la fin, & *Digeſt.* Lib. I. Tit. III. *De Legibus*, &c. Leg. III. & *ſeqq.*

§. XXI. (1) Καὶ ἔστιν αὕτη ἡ φύσις ἡ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου, ᾗ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου. Ethic. Nic. Lib. V. Cap. XIV. Voyez auſſi *Magn. Moral.* Lib. II. Cap. I. II. & le petit Traité de GROTIUS, intitulé, *De Æquitate*, &c. qui eſt à la fin des dernieres Editions de ſon Ouvrage *De Jure Belli & Pacis.*

(2) L'*Equité*, ou l'interprétation ſelon l'Equité, a lieu dans l'extenſion, auſſi-bien que dans la reſtriction. Et l'on peut appliquer ici en general ce que dit très-bien un ancien Poëte Grec :

—— —— —— Καλὸν
Οἱ νόμοι σφόδρ' εἰσίν, ὁ δ' ὁρῶν τοὺς νόμους
Λίαν ἀκριβῶς, συκοφάντης μοι φαίνεται.

„C'eſt une très-belle choſe ſans contredit, que les „Loix : mais celui qui s'attache trop ſcrupuleuſement „aux paroles de la Loi, me paroît un calomniateur „& un chicaneur. MENANDR. Fragm. *collect.* „*Cleric. page* 56.

Τὸ καλῶς ἔχον τοῦ κρείττόν ἐστι καὶ νόμου.

„Ce qui eſt bien, vaut encore mieux que la Loi. *Idem.*, page 96. Voyez là-deſſus Mr. *Le Clerc.*

(3) Il y a ici dans le Texte, *minus*, au lieu de *nimis.* La faute a été auſſi laiſſée dans la derniere Edition de 1706. Notre Auteur avoit copié, ſans y penſer, une faute d'impreſſion, qui ſe trouve dans le paſſage de GROTIUS, qu'il rapporte mot-à-mot, & qu'il ajoûta à la ſeconde Edition de ſon Ouvrage.

s'il étoit préſent. On trouve là-deſſus une infinité d'exemples; en voici un tiré de CICERON : (4) *Il étoit défendu par une Loi, d'ouvrir de nuit les portes de la Ville. Un homme le fit en tems de Guerre, pour recevoir des Troupes qui venoient au ſecours, & qui auroient été taillées en piéces, ſi elles fuſſent reſtées dehors, l'Ennemi étant campé près des murailles.* Il eſt clair qu'en ce cas-là, bien-loin de violer la Loi, on auroit agi contre l'eſprit du Légiſlateur, ſi l'on eût ſuivi la rigueur des termes. Il ne faut pourtant pas en venir là ſans de bonnes raiſons : autrement ce ſeroit s'ériger en arbitre ſouverain d'un acte d'autrui, auquel on ne peut rien changer ou ajoûter de ſon chef ; outre que ſouvent les Légiſlateurs veulent qu'on ſe régle exactement ſur la lettre de la Loi, quoi (5) qu'elle renferme quelque choſe de fort dur.

L'indice le plus certain que l'on puiſſe avoir ici de la volonté du Légiſlateur, c'eſt lorſqu'on voit qu'en ſuivant exactement la lettre de la Loi, on établiroit quelque choſe d'illicite, c'eſt-à-dire, de contraire aux Loix Naturelles ou Divines. Car perſonne ne pouvant être obligé à rien de ſemblable, on préſume auſſi qu'il n'y a point d'homme de bon-ſens qui veuille le preſcrire à autrui. Et il y a comme le dit (h) GROTIUS, *des circonſtances ſi fortes & ſi extraordinaires, que vouloir obſerver en ces cas-là une Loi, c'eſt violer les Loix les plus importantes.*

(h) *Al Eſther.* Cap. IV. verſ. 16. Voyez *Valer. Max.* Lib. III. Cap. VII. num. 1. & Cap. VIII. num. 6.

Au reſte, le mot d'*Equité* ſe prend en un autre ſens, lorſqu'on dit, par exemple, qu'*une Cauſe a été jugée ſelon les* (i) *régles de l'Equité* : ce qui ſignifie ou que les Juges ont apporté quelque tempérament à la rigueur du Droit, pour favoriſer le Défendeur; ou que n'y ayant point de Loi Civile ſur laquelle on pût prononcer, on a conſulté uniquement les maximes du Bon-Sens & de la Loi Naturelle ; ou enfin, que ſans avoir égard à la déciſion rigoureuſe des Loix, on a ſuivi le jugement d'un Arbitre. On dit auſſi d'un Particulier, qu'il en *uſe avec équité*, lorſqu'il relâche volontairement quelque choſe de ſon droit.

(i) *Ex æquo & bono.*

Ou parcequ'il s'enſuivroit de là une choſe trop dure.

§. XXII. UN autre indice qui oblige à reſtreindre une Loi ou une Promeſſe generale, c'eſt lorſqu'en expliquant les termes à la rigueur, il réſulteroit de là quelque choſe non pas à la verité d'abſolument illicite en ſoi-même (1), mais qui à en juger humainement,

(4) *In quo* [genere] *non ſimplex voluntas ſcriptoris oſtenditur, quæ in omne tempus, & in omne factum idem valeat : ſed ex quodam facto aut eventu, ad tempus interpretanda dicitur. . . . Ut in eum, qui, cùm Lex aperiri portas noctu vetaret, aperuit quodam in bello, & auxilia quadam in oppidum recepit, ne ab hoſtibus opprimerentur, ſi foris eſſent, quod propè muros hoſtes caſtra haberent.* De Invent. *Lib.* II. *Cap.* XLII. Voyez auſſi *Cap.* XXXII.

(5) *Quod quidem perquam durum eſt : ſed ita Lex ſcripta eſt.* DIGEST. *Lib.* XL. Tit. IX. *Qui & à quibus manumiſſi liberi non fiunt*, &c. Leg. XII. §. 1. Voyez auſſi *Lex* WISIGOTHOR. Lib. II. Tit. I. Cap. XII. & ci-deſſus, §. 10. *Note* 2. Les Juriſconſultes diſent auſſi, que l'on ne peut pas toûjours ſçavoir les raiſons qui ont fait établir une Loi, & qu'on ne doit pas toûjours les rechercher. *Non omnium, quæ à majoribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt. Et ideo rationes eorum, quæ conſtituuntur, inquiri non oportet : alioquin multa ex his, quæ certa ſunt, ſubvertuntur.* DIGEST. Lib. I. Tit. III. *De Legibus*, &c. Leg. XX. XXI. Voyez les *Obſervations* de Mr. NOODT. Lib. I. Cap. II. & les réflexions que fait là-deſſus Mr. LE CLERC. *Biblioth. Choiſie*, Tome XI. page 222. *& ſuiv.*

§. XXII. (1) Quelque raiſonnables que ſoient ces principes, on voit bien qu'ils n'ont pas une liaiſon auſſi immediate & auſſi aiſée à appercevoir de chacun, avec la nature même de l'affaire dont il s'agit, qu'en ont ceux qu'on applique au cas où l'on ſuppoſe à cauſe de cela un défaut originaire de volonté. En effet, il n'y a ici rien qui emporte une nullité de l'acte, ou qui répugne directement au but de la Loi ou de l'Engagement; & ce but ne montre pas par lui-même le fondement de la reſtriction. Il faut avoir recours à une troiſieme idée, qui les lie enſemble; & cette troiſieme idée ne renferme pas quelque choſe dont le défaut ait une incompatibilité abſoluë & néceſſaire avec la volonté du Légiſlateur ou des Contractans. Car les régles de l'Equité naturelle ne leur ſont pas toûjours bien connuës, & ils ne ſont pas toûjours diſpoſez à les ſuivre ; comme il paroît de ce que quelquefois ils autoriſent, par une volonté claire & inconteſtable, des choſes qui y ſont contraires. Ainſi on ne peut pas être fort aſſuré, qu'ils ne l'ayent pas pretendu dans les cas où l'on eſt réduit à conjecturer. A plus forte raiſon cela a-t-il lieu, quand il ſuivroit ſeulement de la generalité des termes quelque choſe de trop dur & de trop onéreux, mais à quoi l'on peut d'ailleurs ſans injuſtice s'engager ſoi-même, ou être aſtreint par une Autorité légitime. Cependant le doute ſuffit, en l'un & en l'autre cas, pour autoriſer la reſtriction. Perſonne ne peut ſe plaindre raiſonnablement qu'on le ſuppoſe inſtruit des régles de l'Equité, & dans la diſpoſition de ne pas exiger des choſes trop dures & trop onéreuſes; d'autant plus que, ſi l'on vouloit abſolu-

paroît trop dur ou trop onéreux, ſoit eu égard à la conſtitution ordinaire de la Nature Humaine en general, ſoit en comparant la perſonne & la choſe dont il s'agit, avec le but même de l'acte; c'eſt-à-dire, de la Loi ou de la Promeſſe. En effet, il y a des choſes inſupportables à tous les Hommes; d'autres à certaines perſonnes ſeulement: & il y en a auſſi qui ſont telles, qu'il y auroit de la folie à s'incommoder beaucoup pour s'en acquitter. Cela eſt encore plus vrai en matiere de Loix, lorſque non ſeulement la Loi eſt Poſitive, & roule ſur une choſe de telle nature, qu'il n'y a point d'apparence que le Légiſlateur en exige toûjours indipenſablement l'obſervation, à quelques incommoditez qu'elle engage même par accident & par un cas imprévu; mais auſſi lorſque le cas où l'on ne pourroit obſerver la Loi ſans s'expoſer à quelque choſe de très-fâcheux, n'eſt d'ailleurs accompagné d'aucune circonſtance qui tende à diminuer l'autorité du Légiſlateur, ou le reſpect qu'on lui doit (a). C'eſt donc une folle & ridicule ſuperſtition que celle des *Abyſſins* (b), qui dans le tems de leur *Carême* s'affoibliſſent tellement le Corps & l'Eſprit par de longs Jeûnes, que ſi l'Ennemi profite de cette occaſion pour ſe jetter dans leur Païs, comme cela eſt arrivé quelquefois, il ne trouve perſonne qui ſoit en état de lui réſiſter. Il faut appliquer le même principe aux Conventions & aux Promeſſes. Lorſqu'on a, par exemple, prêté une choſe pour quelques jours, on peut la redemander avant ce terme expiré, s'il ſe trouve qu'on en ait grand beſoin ſoi-même; la nature même d'un ſervice tel que le Prêt à uſage, donnant lieu de préſumer que l'on n'a pas voulu s'engager d'une maniere à s'incommoder beaucoup. Si l'on a promis du ſecours à un Allié, & que dans le tems qu'il le demande on ait à craindre chez ſoi quelque irruption, on ſera diſpenſé de fournir des Troupes auxiliaires, tant qu'on en aura beſoin pour ſa propre défenſe; car un Prince étant obligé avant toutes choſes de défendre ſon Peuple, dans tous les Traitez qu'il fait il ſouſentend toûjours cette condition, que la conſervation de ſes propres Etats lui permette de faire ce à quoi il s'engage envers une autre Puiſſance. L'exemption de Charges & d'Impôts, accordée à quelqu'un, doit s'entendre ſeulement des impoſitions ordinaires & réglées, & non pas de celles que l'on eſt contraint d'exiger dans une néceſſité extraordinaire & un beſoin preſſant, qui fait que l'Etat ne ſauroit abſolument s'en paſſer.

(a) Voyez *Grotius* ſur *Matth.* XII, 3.

(b) *Franc. Alvarez, Deſcript. Æthiop.* Cap. XIII.

De-là il paroît comment on doit rectifier la maxime de Ciceron (c): Qu'on *eſt diſpenſé de tenir ſa parole, lorſqu'en l'effectuant on cauſeroit du préjudice à celui-là même envers qui l'on s'eſt engagé, ou qu'on s'en cauſeroit à ſoi-même plus qu'on en feroit à l'autre.* Cela eſt trop vague, & trop general; car ce n'eſt pas toûjours au Promettant à juger (2), ſi ce qu'il a promis ſera utile, ou non, à celui en faveur de qui il s'eſt engagé; à moins qu'il n'ait quelque autorité ſur lui, ou qu'il ne ſoit chargé du ſoin de veiller à ſes intérêts & à ſa conſervation. D'ailleurs, toute ſorte d'incommodité ou de préjudice que l'on peut recevoir de l'execution d'une Promeſſe,

(c) Voyez ci-deſſus Liv. III. Ch. V. §. 9. où ce paſſage avec tout ce qui ſuit & qui précéde, a été cité dans la Note 8.

ment ſe mettre au-deſſus de ces conſidérations, on pouvoit & l'on devoit déclarer d'une maniere bien poſitive, que l'on ne prétendoit excepter aucun cas poſſible. Il paroit par ce que je viens de dire, & par ce que j'ai dit ci-deſſus, §. 19. *Note* 2. que la diſtinction de Grotius entre la préſomption d'un défaut originaire de volonté, & l'incompatibilité d'un cas qui arrive avec la volonté du Légiſlateur ou des Parties contractantes, a un fondement très-réel, de la maniere que je la développe, conformément, à mon avis, aux idées de ce grand Homme. Et on s'en convaincra aiſément, en faiſant attention aux exemples alleguez de l'un & de l'autre membre de la diviſion. Mr. Carmichael, qui dans ſes Notes ſur l'Abregé. *De Offic. Hom. & Civ.* (Lib. II. Cap. XI. §. 17. Note 1.) rejette mon explication, ne l'a pas même compriſe. J'eſpere que préſentement on verra du moins dequoi il s'agit.

(2) Mais comme le remarque J. Fred. Gronovius, dans une Note ſur Grotius, Lib. II. Cap. XVI. §. 27. *num.* 2. ce n'eſt pas non-plus ce que Ciceron veut dire: il entend parler d'une choſe nuiſible, ſelon le jugement de toutes les perſonnes de bon-ſens, & non pas ſeulement dans l'imagination de l'Auteur de la promeſſe. Il eſt certain, du moins que dans tout le diſcours de Ciceron, il n'y a rien qui empêche qu'on n'explique ſa penſée de cette maniere.

ne ſuffit pas pour en diſpenſer ; n'y ayant point de Promeſſe gratuite qui ne renferme par elle-même quelque choſe d'onéreux : mais il faut que le préjudice ſoit d'une telle ſorte & ſi conſidérable, que la nature même de l'acte donne lieu de préſumer qu'il étoit tacitement excepté ; comme ; par exemple, dans ce cas allegué auſſi par CICERON (d) : *Si vous avez*, dit-il, *promis à quelqu'un de vous tranſporter un tel jour au Palais, pour l'aſſiſter dans une Cauſe qui doit être débattuë, & que vôtre Fils ſoit alors dangereuſement malade ; vous ne ferez rien de contraire à vôtre devoir, en manquant de parole pour un ſujet comme celui-là.*

(d) *Ubi ſuprà.* Voyez auſſi *Seneque*, dans ſon Traité *des Bienfaits*, Liv. IV. Chap. XXXV.

Des cas où il y a une eſpece de *conflict entre deux Loix, ou deux Conventions différentes.*

§. XXIII. Il y a encore d'autres indices de la volonté, d'où l'on infere raiſonnablement, qu'il faut excepter d'une Loi ou d'une Promeſſe generale, de certains cas particuliers. Cela a lieu lorſqu'on trouve ailleurs des paroles non pas directement oppoſées, (car ce ſeroit une *Antinomie*) mais entre leſquelles & celles dont il s'agit, il ſurvient une eſpece de conflict par quelque cas imprévu ; ou, ce qui revient à la même choſe, lorſqu'il y a deux Conventions ou deux Loix différentes, qui ne ſont nullement contradictoires ou incompatibles, & qui peuvent & doivent être d'ailleurs accomplies en divers tems ; mais auſquelles on ne ſauroit ſatisfaire tout à la fois lorſque le tems de leur execution ſe rencontre dans le même moment (a). Pour diſtinguer donc laquelle des deux Loix ou des deux Conventions doit l'emporter en de telles conjonctures, il y a certaines *maximes* à obſerver. Voici celles que GROTIUS a poſées.

(a) Voyez *Charron, de la Sageſſe*, Liv. I. Chap. XXXVII. §. 5.

1. *Ce qui n'eſt que permis doit céder à ce qui eſt poſitivement preſcrit* (1) ; car une ſimple Permiſſion laiſſe la liberté d'agir ou de ne point agir, au lieu qu'un Ordre poſitif impoſe la néceſſité de faire ce qui eſt ordonné, & ôte la liberté de s'en diſpenſer dans le cas préſent.

2. *Ce que l'on doit faire en un certain tems l'emporte ſur* (2) *ce que l'on peut faire en tout tems.* C'eſt-à-dire, que ſi de deux Obligations auſquelles on auroit à ſatisfaire

§. XXIII. (1) C'eſt-à-dire, ordonné ou défendu. *Plus enim valet ſanctio permiſſione.* Auctor *ad* HERENN. Lib. II. Cap. X. Voyez QUINTILIEN, Declam. CCCLXXIV. *Nam id quod imperatur, neceſſarium : illud quod permittitur, voluntarium eſt.* CICER. *de Inventione*, Lib. II. Cap. XLIX. Ces dernieres paroles, que notre Auteur citoit auſſi, font partie d'un grand paſſage d'où GROTIUS a tiré toutes ſes Regles, qu'il ne fait que ranger dans un meilleur ordre. Je rapporterai ſur chaque Régle les paroles de CICERON, qui s'y rapportent ; ce que notre Auteur fait, mais non pas partout. Il eſt vrai qu'il cite le paſſage entier, à la fin du Chapitre ; mais outre que par-là il s'engage dans une repetition inutile, de la maniere que ce paſſage eſt placé là, il ſemble qu'il renferme quelque choſe de nouveau ; au lieu que c'eſt uniquement le réſultat de tout ce qui a été dit. Au reſte, comme le remarque Mr. TITIUS, *Obſerv.* 441. la Régle dont il s'agit ici, n'eſt véritable qu'en ſuppoſant que la permiſſion ſoit générale, & l'Ordonnance ou les defenſes particulieres. Car, dit-il, il eſt certain au contraire, qu'une Permiſſion particuliere l'emporte ſur une Ordonnance générale ; la Permiſſion dans ce dernier cas, formant une exception à l'Ordonnance, comme dans le premier cas l'Ordonnance reſſerre l'étenduë de la Permiſſion. Joignez ici ce que j'ai remarqué ſur GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 29. *Note* 3. J'ajoûterai ici, que ceux qui expliquent autrement cette Régle, & qui la fondent ſur la nature même des Permiſſions & des Défenſes, indépendamment de ce qu'il y a de général ou de particulier, ſemblent la confondre avec la Régle ſuivante, qui peut & doit être étenduë de ce qui eſt permis, auſſi-bien que de ce qui eſt poſitivement preſcrit. Cela paroit par l'exemple que j'ai examiné dans la Note indiquée, & par un autre qu'allegue Mr. WEBER, ſur l'Abregé *De Offic. Hom. & Civ.* Lib. I. Cap. XVII. §. 13. *Not.* 2. *La Chaſſe*, dit-il, *eſt permiſe à tout le monde : on ne doit pourtant pas chaſſer dans un tems où le Souverain commande de faire quelque autre choſe.* On voit que cette permiſſion par elle-même n'a point de tems déterminé. On ne chaſſe pas toûjours, quoiqu'on le puiſſe. Ainſi dès-là qu'il ſurvient, en certain tems, une obligation poſitive de vaquer à quelque autre choſe ; l'exercice de la Permiſſion eſt empêché pour l'heure, ſans que la Loi qui commande, & celle qui defend, ſe choquent l'une l'autre, à parler proprement. L'oppoſition n'eſt qu'apparente, & la conciliation ſe déduit aiſément de la nature même des choſes. Si, ſous prétexte qu'il eſt permis en général de faire ceci ou cela quand on veut, on pouvoit avec quelque apparence de raiſon, oppoſer l'exercice légitime de ce droit à la néceſſité de s'acquitter d'un devoir : comme on ne peut ni être en deux lieux à la fois, ni faire en même-tems des actions toutes différentes, il n'y auroit point de Devoir dont il ne fût ainſi très-aiſé de ſe diſpenſer. Au reſte, Mr. TREVER rapporte mal-à-propos cette régle aux cas où les Loix Humaines permettent quelque choſe de contraire aux régles de la vraye Juſtice & de l'Honnêteté naturelle.

(2) *Deinde ex Lege utrùm ſtatim fieri neceſſe ſit : utrùm habeat aliquam moram & ſuſtentationem. Nam id, quod ſtatim faciendum eſt, perfici priùs oportet.* CICER. *de Invent.* Lib. II. Cap. XLIX.

en même tems, l'une ne peut être bien accomplie qu'en ce moment-là, au lieu qu'il n'importe en quel tems on effectue l'autre; il faut renvoyer l'execution de celle-ci, & s'acquitter pour l'heure de la premiere. Le moyen de prévenir ce conflict, qui engageroit néceſſairement à violer l'une des deux Loix, eſt de ne pas preſcrire à une ſeule & même perſonne des choſes différentes, qu'il eſt impoſſible d'executer en même tems, & dont aucune cependant ne puiſſe être differée. C'eſt ſur ce principe que PLUTARQUE répondant à la queſtion, pourquoi autrefois parmi les *Romains* il n'étoit pas permis aux Prêtres de *Jupiter* de ſe mêler du Gouvernement de la Republique; dit, (b) que *les fonctions des Prêtres étant fixes & limitées, au lieu que celles des Rois ne ſont bornées à aucun tems ni à aucun nombre; ſi un ſeul & même homme eût été en même tems Prêtre & Roi, il n'auroit pû vaquer tout à la fois aux affaires de l'Etat & aux Fonctions Sacerdotales, qui ſe ſeroient néanmoins ſouvent rencontrées dans le même moment; & ainſi il auroit falu alors néceſſairement qu'il négligeât les unes pour penſer aux autres.* Car en ce tems-là les Prêtres n'avoient pas encore trouvé le ſecret de jouïr à leur aiſe des honneurs & du revenu de leur Charge, en ſe repoſant ſur des Vicaires du ſoin d'en exercer toutes les fonctions.

(b) *Quæſt. Roman.* in fin. p. 291. C.

3. *Une Loi qui défend, a la préférence ſur une Loi qui ordonne.* (3). C'eſt-à-dire, que ſi l'on ne peut obéïr à une Loi Affirmative, ſans violer une Loi Négative, il faut ſe diſpenſer de ſatisfaire à la premiere, ou en renvoyer l'accompliſſement juſques à ce qu'elle ne ſe trouve plus en concurrence avec l'autre. La raiſon en eſt, que les Loix Négatives impoſent une Obligation perpétuelle & invariable; au lieu que les Loi Affirmatives ſuppoſent une occaſion favorable, (c) qui eſt cenſée manquer lorſque l'on ne peut les accomplir ſans violer quelque autre Loi; deſorte que tant que les choſes ſe trouvent ainſi diſpoſées, l'obſervation de ces ſortes de Loix eſt regardée comme moralement impoſſible. Il n'eſt point permis, par exemple, de faire du tort à autrui, ou de manquer à ſa parole, pour l'intérêt d'un Parent ou d'un Ami, ou pour avoir dequoi faire du bien, ou dequoi reconnoître celui que l'on a reçu. C'eſt une Charité bien mal-entendue, que de dérober, (d) par exemple, du Cuir, pour chauſſer les Pauvres.

(c) Voyez ce que diſent les Rabbins, au ſujet des Femmes, dans *Leon de Modene*, Cerem. & Coûtum. des *Juifs*, Part. V. C. V. §. 1.

(d) *Mahomet* défend de telles aumônes dans l'*Alcoran*. Je ne ſçai pourtant, ſi l'on peut approuver ce qu'*Olearius* rapporte dans ſon Voyage, au ſujet de *Schach Abas* Roi de *Perſe*, qui donnoit le plus volontiers l'aumône des impôts qu'il mettoit ſur les lieux de Débauche, L. V. C. 31.

4. *De deux Conventions ou deux Loix qui ont d'ailleurs une égale force, il faut préferer celle* (4) *qui eſt la moins generale, & qui approche le plus de l'affaire dont il s'agit.* En effet, les Loix particulieres reſtreignent les generales à quelque choſe de ſpécial & de déterminé. GROTIUS ajoûte, (5) qu'en matiere de défenſes celles qui ſont

(3) *Deinde utra Lex jubeat, utra vetet. Nam ſæpe ea, quæ vetat, quaſi exceptione quadam corrigere videtur illam quæ jubet. Ibid.* Notre Auteur citoit auſſi MARIUS VICTORINUS, *in II. Rhetor Cic.* c'eſt-à-dire, ſur ce même endroit: *page* 228. *Vett. Rhetor.* Voyez ci-deſſus, Liv. I. Chap. III. §. 8. Liv. II. Chap. VI. §. 2. Liv. III. Chap. VII. §. 5. *in fin.* Il faut encore diſtinguer ici, ſi les Loix qui défendent, ou qui ordonnent, ſont generales ou particulieres. Voyez ci-deſſus, *Note* 1. En effet, cette Régle ne peut être proprement appliquée qu'aux Loix poſitives, qui roulent ſur des choſes que le Légiſlateur peut défendre, ou permettre, ou ordonner, comme il le juge à propos. Pour les choſes qui ſont eſſentiellement mauvaiſes, il n'y a point de conflict, même apparent, entre la Loi qui les défend, & une autre Loi à laquelle on ne pourroit obéïr ſans violer la premiere. Ce que notre Auteur lui-même dit, & les exemples qu'il allégue, ſuffiſent pour le faire voir. Il implique contradiction, moralement parlant, de prétendre ſous quelque prétexte que ce ſoit, faire ce que veut le Légiſlateur, en faiſant quelque choſe qu'il a déclaré vouloir qu'on ne fit jamais. Une bonne Fin ne peut jamais être procurée par des Moyens illicites, *Faire le mal afin qu'il en arrive du bien*, eſt auſſi manifeſtement contraire à la Raiſon & à l'Equité Naturelle, qu'aux maximes de l'Evangile. C'eſt un monſtre en Morale, que de s'imaginer, par exemple, qu'on avance la *Gloire* de Dieu par des fraudes, des Violences, des Perſecutions, ou toute autre voye injuſte par elle même.

(4) *Deinde utra Lex de genere omni; utra de parte quadam; utra communiter in plures; utra in aliquam certam rem ſcripta videatur. Nam quæ in partem aliquam, & quæ in certam quamdam rem ſcripta eſt, promtius ad cauſam accedere videtur, & ad judicium magis pertinere.* Ibid. Voyez ci-deſſus, §. 13. *Note* 12. & ſur l'Abregé des *Devoirs de l'Hom. & du Citoyen*, L. I. C. XVII. §. 13. *Note* 4.

(5) En quoi il ſuit auſſi CICERON, comme dans les autres Régles. *Deinde in utra Lege, ſi non obtemperatum ſit, pœna adficiatur, aut in utra major pœna ſta-*

expreſſément accompagnées de quelque peine, doivent l'emporter ſur celles auſquelles on n'en a point attaché; & celles qui portent une plus grande peine, à celles qui en portent une moindre. Mais cette maxime ne paroît pas bien ſûre; car une défenſe qui n'eſt accompagnée d'aucune peine ni déterminée ni arbitraire, eſt fort inutile. D'ailleurs, la Régle que de *de deux maux il faut choiſir le moindre*, ne peut pas proprement être appliquée au Mal Moral, ou aux Péchez. Ainſi je ne vois pas que celle dont il s'agit ici puiſſe avoir lieu, à moins qu'on ne l'entende en ce ſens, que dans un cas où il faut néceſſairement faire l'une ou l'autre des deux choſes défendues, celle dont il importe le moins de s'abſtenir, eſt cenſée permiſe par le Légiſlateur même. En voici un exemple. Suppoſons deux Loix, dont l'une défende de paroître en public avec des armes pendant les jours de Fête; & l'autre ordonne, qu'auſſi-tôt qu'on entendra ſonner le tocſin, on ſorte de chez ſoi pour ſe mettre ſous les armes. On ſonne le tocſin un jour de Fête, en ce cas-là la derniere Loi forme une exception à la premiere, & l'on a lieu de ſe perſuader, que quand il eſt défendu de paroître en public avec des armes pendant les jours de Fête, il faut ſouſentendre, à moins que le Magiſtrat ne faſſe alors ſonner le tocſin.

5. *Quand il ſe trouve du* (6) *conflict entre deux devoirs, dont l'un eſt fondé ſur des raiſons qui renferment un plus grand dégré d'Honnêteté ou d'Utilité, que celles d'où dépend l'autre; il eſt juſte que le premier l'emporte.* Car toute Obligation renferme cette exception tacite, qu'on en eſt diſpenſé lorſqu'une Obligation plus conſidérable ne permet pas de s'en acquitter.

6. *Si l'on ne peut executer en même tems deux Conventions, dont l'une a été faite avec ſerment, & l'autre ſans ſerment* (7), *celle-ci doit céder à la premiere, à moins que la Convention faite ſans ſerment n'ait été ajoûtée à l'autre en forme d'exception ou de limitation.* En effet, le Serment (e) dont une Convention eſt accompagnée, exclut toutes les exceptions ou reſtrictions tacites qui ne ſuivent pas néceſſairement de la nature même de la choſe, au lieu que les Conventions où cet acte religieux n'entre point, les admettent plus aiſément.

(e) Voyez *Euripid. in Medea*, verſ. 743.

A ces Régles de GROTIUS on peut ajoûter encore les (8) ſuivantes. 7. *Une Obligation qui n'eſt qu'imparfaitement réciproque* (9), *céde à une Obligation parfaitement*

*tuatur.* Ibid. Voyez ce que j'ai dit ſur l'endroit même de GROTIUS, Liv. II. Chap. XVI. §. 29. *Note* 7.

(6) *Primùm igitur Leges oportet contendere, conſiderando, utra Lex ad majores, hoc eſt ad utiliores, ad honeſtiores ac magis neceſſarias res pertineat. Ex quo conficitur, ut ſi Leges duæ, aut ſi plures, aut quotquot erunt conſervari non poſſint, quia diſcrepent inter ſe; ea maxime conſervanda putetur, quæ ad maximas res pertinere videatur.* Ibid.

(7) Cette Regle n'eſt vraye qu'en ſuppoſant toutes choſes d'ailleurs égales. Car, s'il s'agit de deux Conventions directement oppoſées, la poſtérieure en datte doit l'emporter, ſoit que la premiere ait été faite avec ſerment ou non. Que ſi les Conventions ſont ſeulement différentes, la particuliere a plus de force que la générale. Notre Auteur, pour avoir ſuivi aveuglément GROTIUS, en cet endroit, établit ici une maxime, qui ſemble être fondée ſur un principe qu'il a lui-même réfuté ailleurs; je veux parler de l'opinion de GROTIUS, qui prétend que le Serment ajoûté à une Promeſſe produit une Obligation nouvelle & toute particuliere, en vertu de quoi il faut donner aux engagemens où il intervient, une interprétation plus étroite qu'à ceux que l'on contracte ſans prendre à témoin la Divinité. TITIUS, Obſ. CCCCXLV. Mr. THOMASIUS, qui rejette auſſi la maxime de notre Auteur, *Inſt. Juriſpr. Div.* Lib. II. Cap. XII. §. 141. ajoûte qu'il n'entend pas bien ce que veulent dire ces paroles: *à moins que la Convention faite ſans ſerment n'ait été ajoûtée à l'autre, en forme d'exception ou de limitation*; & qu'il ſeroit à ſouhaiter qu'on en eût apporté quelque exemple. Il pouvoit dire auſſi, que notre Auteur ſuppoſe ici un cas où il n'y a pas proprement deux Conventions, mais une ſeule; puiſque la derniere, en quel tems qu'elle ſoit faite, n'eſt qu'une modification & une appendice de la premiere. Auſſi a-t-il lui-même omis entierement cette reſtriction, dans ſon Abregé des *Devoirs de l'Homme & du Citoyen*, Liv. I. Chap. XVII. §. dern.

(8) Je m'étonne que notre Auteur n'ait pas pris garde, que toutes les Régles ſuivantes ſe trouvent renfermées dans la V. dont elles ne ſont que des conſéquences. Cela eſt ſi vrai, qu'il a lui-même omis les trois dernieres, dans l'Abregé *des Devoirs de l'Homme & du Cit.* Liv. I. Chap. XVII. §. 13. ou dernier.

(9) Voyez l'explication de cette diſtinction, ci-deſſus Liv. III. Chap. IV. §. 9. On a promis de donner une choſe à quelqu'un, & on a vendu cette même choſe à un autre; l'Acheteur doit être préferé au donataire.

*réciproque.* Ainſi il faut payer ce que l'on doit par Contract plûtôt que ce que l'on doit en conſéquence d'une Promeſſe gratuite, ou par les Loix de la Reconnoiſſance, ou de quelque autre vertu. Comme on vouloit obliger *Phocion* (f) à ſe cottiſer pour un Sacrifice: *Demandez*, dit-il, *aux Riches; car pour moi, j'aurois honte de vous donner avant que* Callicles *que voilà ait été payé.* C'étoit un Banquier à qui il devoit.

(f) *Plutarch. in Phocione*, pag. 745. C. D.

8. *Les Loix de la Reconnoiſſance, toutes choſes d'ailleurs égales, l'emportent ſur les Loix de la Bénéficence ou de la Libéralité;* quoique d'ailleurs ni les unes ni les autres n'impoſent qu'une Obligation imparfaite. En effet, ce que l'on doit par Reconnoiſſance eſt plus favorable que ce à quoi l'on eſt tenu par un pur principe de Libéralité ou de Charité; puiſque le premier devoir conſiſte à rendre ce que l'on a reçu, au lieu que dans l'autre il s'agit de donner le premier. Ainſi la néceſſité où l'on ſe trouve de reconnoître les ſervices reçus, fait que l'on eſt cenſé n'avoir pas matiere à exercer la Bénéficence, lorſque l'un ne peut ſatisfaire en même tems à ces deux Obligations. Cela eſt ſi vrai, que l'on ne doit faire du bien même à ſes propres Parens, qu'après s'être acquitté envers les autres des Devoirs de la Reconnoiſſance; à moins que l'on n'ait avec un Parent quelque autre relation plus particuliere qui impoſe une plus forte & plus preſſante Obligation.

9. *En matiere de Loix faites par différentes Puiſſances, dont l'une eſt ſubordonnée à l'autre, la Loi de la Puiſſance inférieure céde à celle de la Puiſſance ſupérieure.* Ainſi il faut (g) obéïr à Dieu plûtôt qu'aux hommes, & à ſon Souverain plûtôt qu'à ſon propre Pere.

(g) Voyez *Actes*, IV, 19.

10. *Une Loi l'emporte réguliérement ſur l'autre, ſelon qu'elle a pour objet une choſe plus noble, plus utile ou plus néceſſaire.*

11. *Ceux avec qui l'on a des liaiſons & des relations plus étroites* (10), *doivent être préférez aux autres, toutes choſes d'ailleurs égales, lorſqu'on ne ſauroit en même tems s'acquitter envers tous de ce qu'on leur doit* (h). C'eſt le fondement de ce que dit l'Apôtre St. Paul (i): *Pendant que nous en avons le tems, faiſons du bien à tout le monde, & principalement à ceux qui ſont de la famille de la Foi;* c'eſt-à-dire, à ceux qui croyent en l'Evangile.

(h) Voyez un grand paſſage de *Ciceron*, rapporté ci-deſſus, Liv. III. Chap. III. §. 15.

(i) *Galates VI*, 10. Voyez auſſi *I. Corinth. VIII*, 13. & *I. Timoth. V*, 8.

## CHAPITRE XIII.

### *Comment ſe vuident les* DIFFERENDS SURVENUS ENTRE CEUX QUI VIVENT DANS L'ETAT DE LA LIBERTE' NATURELLE.

§. I. La Loi Naturelle veut ſans contredit, que les Hommes s'acquittent volontairement de ce qu'ils ſe doivent les uns aux autres; & que ſi l'on a fait du tort ou cauſé du dommage à quelqu'un, on aille de ſon pur mouvement lui en offrir la réparation. Que s'il y a eu du deſſein ou de la malice, la même Loi ordonne, que l'on en témoigne un ſincere déplaiſir, & qu'on promette à la perſonne offenſée de ne plus lui faire du mal, en lui donnant même des ſuretez réelles pour l'avenir. Lorſque ces marques de repentir n'ont point été arrachées par force, & qu'elles viennent uniquement d'un remors de conſcience, qui a fait rentrer l'Offenſeur en lui-même, & qui l'a convaincu de l'injuſtice de ſa conduite; elles témoignent ſuffiſamment, qu'il n'eſt plus dans de mauvaiſes diſpoſitions. (1) Ainſi on doit alors lui pardonner de bon cœur, & vivre dé-

Il faut s'acquitter de ſon pur mouvement de ce que l'on doit à autrui. Les inimitiez ne doivent pas être éternelles.

(10) Voyez la Diſſertation de Mr. Buddeus, intitulée, *De Comparatione obligationum, quæ ex diverſis hominum ſtatibus oriuntur;* dans les *Selecta Juris Naturæ & Gentium*, page 680. *& ſeqq.*

Chap. XIII. §. I. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. V. §. 19.

(a) Voyez la belle Harangue de *Caïus Ponthius*, dans *Tite-Live*, Lib. IX. Cap. I.

ſormais avec lui en bonne amitié : autrement (a) on ſera ſeul coupable d'avoir rompu la paix ſans ſujet. Il y auroit de l'inhumanité & de la férocité à nourrir des Inimitiez éternelles, & à ne point ſe donner de repos que l'on n'eût ſatisfait ſon reſſentiment, en rendant douleur pour douleur & mal pour mal. C'eſt un mot bien cruel, que celui qu'on rapporte de CATON *l'Ancien*, lequel ayant rencontré, au ſortir du Barreau, un Jeune Homme qui venoit de faire noter d'infamie un Ennemi de feu ſon Pere, dit en lui prenant la main : *Que* (b) *c'étoit ainſi qu'il falloit honorer la mémoire d'un Pere,* (2) *en offrant à ſes Mânes, non des ſacrifices d'Agneaux ou de Chevreaux, mais les larmes & les flétriſſures de ſes Ennemis.*

(b) *Plutarch. in ejus Vita*, pag. 344. E.

Dans l'Etat de Nature il n'y a point de Juge qui puiſſe prononcer avec autorité ſur les différends.

§. II. MAIS, outre qu'il y a dans le monde peu de ces Ames bien nées qui ſe portent d'elles-mêmes à s'acquitter de leurs Devoirs, il arrive ſouvent que celui à qui l'on demande quelque choſe, ne convient pas de la juſtice des prétenſions. On nie la dette, ou bien on croit devoir moins qu'un autre ne prétend : on veut payer le dommage que l'on avoue avoir cauſé, mais on ſoûtient que celui qui l'a reçu le taxe trop haut : on conteſte à quelqu'un certains droits qu'il s'attribue par rapport à nous, ou du moins l'uſage qu'il en veut faire, & l'étendue qu'il leur donne : on n'eſt pas d'accord ſur le réglement des limites, ſur l'interprétation d'un Traité, & ſur pluſieurs autres choſes ſemblables. En ce cas-là ceux qui vivent dans l'indépendance de l'Etat de Nature, n'ont point de Juge commun, (1) pour connoître avec autorité de leurs différends, & les terminer par une Sentence à laquelle ils ſoient obligez de ſe ſoumettre. HOBBES (a) ſoûtient, que dans l'Etat de Nature chacun eſt Juge abſolu de tout ce qui le regarde. Mais nous avons dit (b) ailleurs en quel ſens il faut entendre cela ; c'eſt-à-dire, que perſonne ne reconnoiſſant alors de Supérieur, chacun eſt l'arbitre ſouverain de ſes propres actions, qu'il doit néanmoins régler conformément aux maximes du Droit de la Nature & des Gens. Ainſi, dans l'Etat de Nature il eſt libre à chacun de négliger ou de maintenir ſon droit, de diſſimuler une injure ou d'en pourſuivre la réparation, comme bon lui ſemble : Mais lorſque l'on prononce ſur ſon affaire propre, celui avec qui l'on eſt en conteſtation n'eſt point obligé de s'en tenir à ce jugement ; car quand même l'on ſeroit diſpoſé à agir avec un entier déſintéreſſement, & que l'on auroit proteſté avec ſerment de décider ſelon ce qui nous paroîtroit juſte & équitable ; l'autre peut croire ſon ſentiment auſſi raiſonnable que le nôtre ; & ainſi, lorſqu'ils ſe trouveront différens, on n'avancera rien, tous les Hommes dans l'Etat de Nature étant égaux. Ajoûtez à cela, que *la plûpart des gens* (2) *ſont très-mauvais Juges dans leur propre cauſe ; qu'il n'y a* (3) *perſonne qui trouve légéres les injures qu'il reçoit, & que la plûpart au contraire les groſſiſſent par leur imagination.*

(a) *De Cive*, Cap. I. §. 9.

(b) Liv. II. Chap. II. §. 3.

Lorſqu'un différend ne peut être terminé par quelque accommodement des Parties mêmes, il faut s'en remettre à des *Arbitres*.

§. III. LA Loi Naturelle ne permet pas néanmoins d'avoir d'abord recours à la voye des Armes, pour maintenir un droit que l'on croit avoir. *Il y a*, comme le diſoit très-bien

(2) Voyez ce que dit Mr. HERTIUS, ſur les idées des Payens au ſujet de cette vengeance, dans ſa Diſſertation *De Herede occiſi vindice*, Sect. I. §. 4. parmi celles du Tome III. de ſes *Opuſcula Commentat.*

§. II. (1) Ce n'eſt qu'en ce ſens, ajoûtoit l'Auteur, qu'on peut admettre ce que THUCYDIDE fait dire à des Députez d'*Athenes*, Βιάζεσθαι γὰρ οἷς ἂν ἐξῇ, δικάζεσθαι οὐδὲν προσδέονται. „ Ceux qui peuvent „ mettre la Force en uſage, n'ont que faire de vuider „ leurs différends par les Voyes de la Juſtice. *Lib.* I. *Cap.* LXXVII. *Edit. Oxon.*

(2) Σχεδὸν δ' οἱ πλεῖστοι, φαῦλοι κριταὶ περὶ τῶν οἰκείων. ARISTOT. *Polit.* Lib. III. Cap. IX. L'Auteur citoit ce paſſage.

(3) *Neque cuiquam mortalium injuriæ ſuæ parvæ videntur : multi eas gravius æquo habuere.* Cæſar, *in Orat. apud* Salluſt. *in Bello Catilin.* Cap. LI. num. II. SENEQUE, comme le remarquoit ici Mr. HERTIUS, dit, que chacun eſt à cet égard dans le même eſprit que les Rois : on veut que tout nous ſoit permis par rapport aux autres, mais on ne veut leur rien permettre par rapport à nous. *Regis quiſque intra ſe animum habet, ut licentiam ſibi dari velit in alterum, in ſe nolit.* De *Ira*, *Lib.* II. Cap. XXXI.

§. III.

bien CICERON, *deux* (1) *manieres de* VUIDER UN DIFFÉREND: *l'une, par la diſcuſſion des raiſons de part & d'autre: l'autre par la force. La premiere convient proprement à l'Homme: l'autre n'appartient qu'aux Bêtes. Il ne faut donc en venir à celle-ci, que quand il n'y a pas moyen d'employer l'autre* (a), c'eſt-à-dire, lorſque le différend ne peut être terminé par une conférence amiable entre les Parties, ou avec ceux à qui elles en ont donné commiſſion: quoique, ſelon l'uſage ordinaire, les Traitez & les Accommodemens ne viennent guéres qu'après que l'on s'eſt bien battu, & que les eſprits ont été adoucis par les calamitez de la Guerre. Le (b) Sort eſt encore une voye très-propre à terminer un différend, lorſque la nature de l'affaire le permet, & que les Parties y conſentent. Mais ſi toutes les conférences ſont inutiles, & que l'on ne veuille pas expoſer à la déciſion aveugle du Sort, une Cauſe que l'on croit ſoûtenue de bonnes raiſons; il reſte encore un parti de douceur à prendre, c'eſt que l'on s'engage réciproquement à s'en remettre au jugement (c) d'un *Arbitre*. Il faut ſeulement remarquer ici avec (d) GROTIUS, qu'à la vérité dans une affaire litigieuſe chacune des deux Parties doit chercher tous les moyens poſſibles d'accommodement, afin d'éviter la Guerre; mais cependant celui qui demande y eſt plus obligé que celui qui tient, la Cauſe du Poſſeſſeur étant toûjours favorable (2) par le Droit même de Nature.

(a) Autrement on peut appliquer ici ce que dit *Ovide*, *Triſt.* Lib. V. Eleg. X. verſ 43 Voyez *Grotius*, Liv. II. Chap. XXIII. §. 7. & ce que l'on a dit ci-deſſus, Liv. II. Chap. V. §. 3.

(b) Voyez *Grotius*, *ubi ſuprà*, §. 9. & ce que l'on a dit ci-deſſus, Chap. IX. §. 2, 3.

(c) *Grotius*, ibid, §. 8.

(d) *Ibid.* §. 11.

*Devoir des Arbitres.* Il n'y a point de Convention entre l'*Arbitre* & les *Parties.* En quel ſens on eſt tenu d'acquieſcer à la Sentence juſte ou non?

§. IV. LA raiſon qui oblige de s'en rapporter à un ARBITRE, fait voir d'abord de quelle maniere il doit en agir. On le prend, parceque l'Amour propre (a) rend chacun ſuſpect en ſa propre cauſe. Il doit donc ſur toutes choſes ne rien donner à la Faveur ni à la Haine, & prononcer uniquement ſelon le Droit & l'Equité: après quoi il peut ſe moquer (b) de l'injuſte reſſentiment de celui qui a été condamné.

De là il paroît qu'un homme ne peut pas raiſonnablement être pris pour Arbitre dans une affaire où il a lieu d'eſperer, en donnant gain de cauſe à l'une des Parties, quelque avantage, ou quelque gloire qui ne lui reviendroit pas s'il prononçoit en faveur de l'autre; en un mot toutes les fois qu'il a quelque intérêt particulier que l'une ou l'autre Partie demeure victorieuſe. Car en ce cas-là, le moyen qu'il garde exactement cette neutralité parfaite & cette ſouveraine impartialité, qui fait le véritable caractere d'un Arbitre (1)?

Il ne (c) doit pas non-plus y avoir entre l'Arbitre & les Parties quelque (d) Convention ou quelque Promeſſe, en vertu de laquelle il ſoit engagé à prononcer en faveur de l'une ou de l'autre des Parties, ſoit qu'elle ait raiſon ou tort. Et il ne peut prétendre d'autre récompenſe de ſon Jugement (2), que celle d'avoir jugé comme il faut. Il y a bien entre les Parties & l'Arbitre, une Convention au ſujet de l'Arbitrage dont il ſe charge; car il ne peut être Arbitre que du conſentement des Parties, & il lui eſt libre

(a) Voyez *Digeſt.* Lib. II Tit. I. *De Juriſdict.* Leg. X. *Diodor. Sic.* Lib. I. Cap. 95 *Plutarch.* *de adul. & amici diſcrimine*, init. pag. 48. *in fin.* Tome II. *Edit.* *Wech.* & *Aul. Gell.* Lib. I. Cap. III.

(b) Voyez ce que diſoit *Bias* dans *Diog. Laërce*, Lib. I. §. 87

(c) Voyez *Hobbes*, *de Cive*, Cap. III. §. 14.

(d) Comme celle du Pape *Leon X.* avec les *Venitiens*, & l'Empereur *Maximilien*, qui avoient paſſé un Compromis entre ſes mains. Voyez *Guicciardin.* Hiſt. Lib. XI. *circa fin.* pag. 57. & Lib. XII. pag 69. II. Part. *Edit. Genev.* 1645.

§. III. (1) *Nam cùm ſint duo genera decertandi, unum per diſceptationem, alterum per vim: cùmque illud proprium ſit hominis, hoc belluarum: confugiendum eſt ad poſterius, ſi uti non licet ſuperiore.* De Offic. Lib. I. Cap. XI. Voyez JUSTIN, Lib. VIII. Cap. I. *num.* 4. *& ſeqq.* que notre Auteur indique ici.

(2) Voyez ci-deſſus, Liv. II. Chap. VI. §. 6. *Note* 4. & Liv. IV. Chap. VIII. §. 5.

§. IV. (1) Πανταχοῦ δὲ πιστότατος ὁ διαιτητής· διαιτητὴς δὲ, ὁ μέσος. Politic. Lib. IV. Cap. XII. Ainſi c'eſt un vilain perſonnage que celui que jouerent les Romains, lorſqu'ayant été pris pour Arbitres par les *Aricinien*s & les *Ardéates*, ils s'ajugerent à eux-mêmes & s'approprierent ſans aucune honte les Terres qui faiſoient le ſujet du différend entre ces deux Peuples voiſins. TIT. LIV. Lib. III. Cap. LXXII. Voyez un pareil exemple, de *Philippe de Macedoine*, dans JUSTIN Lib. VIII. Cap. III. à la fin. Tout ceci eſt de l'Auteur.

(2) C'eſt l'éloge que PLINE donne à *Trajan*, au ſujet des Cauſes ſur leſquelles cet Empereur prononçoit. *Nec aliud tibi ſententiæ tuæ pretium, quam benè judicaſſe*, Panegyr. Cap. LXXX. *num.* 1. L'Auteur citoit ce paſſage. Il faut remarquer, que ce qu'on dit ici de la récompenſe, regarde uniquement la qualité de la Sentence: car du reſte, ſi l'Arbitre eſt obligé de faire des frais, ou de prendre beaucoup de peine & d'employer du tems à connoître de l'affaire; comme il n'eſt point obligé de donner tout cela gratuitement, il peut accepter ou exiger un dédommagement ou un équivalent raiſonnable.

auſſi d'agréer ou de refuſer la propoſition de ceux qui veulent le prendre pour Juge de leur différend. Mais l'obligation où il eſt de prononcer ſelon le droit, tel qu'il le connoît, n'eſt pas fondée ſur cette Convention, quoique ce ſoit par elle qu'il eſt établi Arbitre. La raiſon de cela n'eſt pas tant, qu'une Convention particuliere ne pourroit rien ajoûter à l'Obligation où l'Arbitre ſe trouve d'ailleurs par la Loi Naturelle, de décider ſelon ce qu'il croit juſte & raiſonnable; que parceque de cette maniere il y auroit un progrès à l'infini, qui rendroit l'Arbitrage entierement inutile. En effet, une telle Convention ſe réduiroit à ceci, que les Parties promettoient réciproquement de s'en tenir à la déciſion de l'Arbitre, ſuppoſé que la Sentence fût juſte. Or dans toute convention qui ne diminue rien de la Liberté Naturelle, chacun des Contractans eſt également en droit d'examiner ſi l'autre a tenu ce à quoi il s'étoit engagé. Lors donc que la Sentence de l'Arbitre paroîtroit injuſte à l'une des Parties, ou le ſeroit effectivement, il naîtroit de là un nouveau démêlé, dont la déciſion ne pouvant appartenir ni à l'Arbitre ni aux Parties, il faudroit avoir recours néceſſairement à un autre Arbitre, & après celui-ci à un autre encore, & ainſi à l'infini. D'où il s'enſuit, que la Convention par laquelle les Parties s'engagent à en paſſer par le Jugement d'un Arbitre, doit être pure & ſimple, & non pas ſous condition que la Sentence ſoit juſte (3).

(e) Voyez *Grotius*, Liv. III. Chap. XX. §. 46. num. 3.

Il eſt clair encore (e), qu'on ne peut pas appeller du Jugement d'un Arbitre (4), n'y ayant point de Juge ſupérieur pour redreſſer la Sentence. Cela a lieu même dans les Sociétez Civiles, lorſqu'il n'importe point au Souverain de quelle maniere ſe vuide l'affaire qui a été remiſe à la déciſion d'un Arbitre, du commun conſentement des Parties. Que ſi en certains endroits il eſt permis d'appeller de la Sentence d'un Arbitre, c'eſt en vertu d'une Loi particuliere & purement Poſitive. On donne même quelquefois le nom d'*Arbitres* à des Juges extraordinaires, commis pour examiner & décider une affaire ſans toutes les formalitez & les longueurs du Barreau. Ainſi rien n'empêche qu'on n'appelle d'un Jugement comme celui-là.

Au reſte, lorſqu'on dit qu'il faut en (5) paſſer par le Jugement de l'Arbitre, ſoit que la Sentence ſe trouve juſte ou injuſte, cela doit s'entendre avec quelque reſtriction. J'avoue que quelque bonne opinion qu'une Partie puiſſe avoir conçue de la bonté de ſa Cauſe, cela ne ſuffit pas pour l'autoriſer à ſe dédire du Compromis. Mais s'il paroît manifeſtement, qu'il y a eu de la colluſion entre l'Arbitre & une des deux Parties, ou

(3) *Qualem autem ſententiam dicat Arbiter, ad Prætorem non pertinere* LABEO *ait: dummodo dicat quod ipſe videtur. Et ideo ſi ſic fuit in arbitrum compromiſſum, ut* certam ſententiam dicat; *nullum eſſe arbitrium.* DIGEST. Lib. IV. Tit. VIII. *De receptis, qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant*, Leg. XIX. *princ.* De là vient que, ſelon les mêmes Juriſconſultes, la Sentence d'un Arbitre doit terminer entierement l'affaire, & non pas la renvoyer au Jugement d'un autre Arbitre. *Idem* PEDIUS *probat: ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, ſua ſententia finem controverſiæ eum imponere oportet.* Ibid. Leg. XXXII. §. 16. Toutes ces citations ſont de l'Auteur. Au reſte, pour ce qui regarde les déciſions du Droit Romain ſur le *Compromis* des Parties, & les qualitez ou les Devoirs des *Arbitres*, en matiere des affaires particulieres des Citoyens d'un même Etat; on peut voir tout le Titre que j'ai cité, avec le Commentaire de Mr. NOODT, comme auſſi les *Loix Civiles dans leur ordre naturel*, par DAUMAT, I. Part. Liv. I. Tit. XIV. & *le Droit Public* du même Auteur, Liv. II. Tit. VII.

(4) *Adeo ſummum quiſque cauſæ ſuæ judicem facit, quemcumque elegit.* PLIN. *Hiſt. Nat.* Præfat. Ἢν δὲ τινες ἑκόντες αὐτοὶ συνθῶνται δικαστὰς, καὶ προελόμενοι ἐπιτρέψωσι διαιτᾶν, οὐκ ἔτι [δίδωσιν ὁ νόμος ἐς ἕτερον ἐφεῖναι δικαστήριον.] LUCIAN. in *Abdicato*, Tom. I. page 715, 716. *Edit. Amſtelod.* Citations de l'Auteur. Il remarquoit encore, que c'eſt ſur ces principes que ſont fondées les paroles ſuivantes de QUINTILIEN. *Judicia tamen Judiciis reſcindi non poſſunt.* Declamat. 372.

(5) Cela eſt dit formellement dans une Loi, où l'on oppoſe les Arbitres dont il s'agit ici, à une autre ſorte d'Arbitres, au Jugement deſquels on n'eſt tenu d'aquieſcer que quand il eſt conforme aux régles de l'Equité. *Arbitrorum enim genera ſunt duo: unum ejuſmodi, ut ſive æquum ſit, ſive iniquum parere debeamus; quod obſervatur, cùm ex compromiſſo ad arbitrium itum eſt: alterum ejuſmodi, ut ad ejus boni viri arbitrium redigi debeat.* DIGEST. Lib. VII. Tit. II. *Pro ſocio*, Leg. LXXVI. Voyez les Loix ſuivantes.

qu'elle l'avoit gagné par des préſens, ou qu'ils avoient fait enſemble une Convention au préjudice de l'autre Partie; celle-ci n'eſt point obligée de ſe ſoûmettre à la Sentence d'un tel Juge, (6) qui ayant témoigné une partialité ſi viſible, ne ſauroit plus ſoûtenir le perſonnage d'Arbitre.

On prend quelquefois plus d'un Arbitre; & en ce cas-là il faut, s'il ſe peut, (7) faire enſorte qu'ils ſoient en nombre impair: autrement, lorſque les ſentimens ſe trouveroient partagez, il n'y auroit pas moyen d'en venir à aucune déciſion.

Il y a deux ſortes d'*Arbitres.* Dans un doute on préſume que l'Arbitre doit juger ſelon le Droit rigoureux.

(a) *Ubi ſuprà*, §. 47.

§. V. Grotius (a) dit, que pour ſavoir à quoi eſt tenu un Arbitre, il faut conſidérer s'il a été choiſi & établi en qualité de Juge, ou ſi on lui a donné un pouvoir plus étendu, enſorte qu'il ſoit autoriſé à prononcer plûtôt ſelon les maximes de l'Equité & de l'Humanité, que ſuivant les Loix du Droit rigoureux. En effet, les deux Parties en appellent quelquefois à la Juſtice rigoureuſe; & en ce cas-là, l'Arbitre auſſi-bien que le Juge, doit peſer exactement les raiſons de part & d'autre. Quelquefois l'une des Parties ſe fonde ſur le Droit étroit, mais l'autre demande quelque adouciſſement, on en appelle à l'Equité. Et par l'*Equité* on n'entend pas proprement ici cette droite & favorable interprétation des Loix, dont nous avons traité dans le Chapitre précédent, & qui eſt du reſſort d'un Juge même ſubalterne; mais un tempérament du Droit rigoureux, ſelon les maximes de l'Humanité, de la Charité, de la Compaſſion, & d'autres ſemblables Vertus: tempérament qui ne peut être apporté que par le Juge Souverain (1), ou par un Arbitre à qui l'on a donné pouvoir de juger ſur ce pié-là. Mais dans un doute on préſume que l'Arbitre eſt tenu de ſuivre exactement les Régles de la Juſtice; car outre que c'eſt faute de Tribunal commun que l'on ſe remet au Jugement d'un Arbitre; lorſqu'il y a quelque obſcurité, (2) on prend toûjours le parti qui donne le moins d'étendue aux choſes: & ici l'Arbitre ne peut pas auſſi aiſément faire du tort à quelqu'une des Parties en prononçant ſelon la rigueur du Droit, que ſi ſon pouvoir s'étendoit plus loin. C'eſt à ceux qui ſans aucun compromis interviennent en qualité d'Amis communs pour tâcher d'accommoder les Parties, qu'il appartient principalement de les exhorter à relâcher un peu de leur droit.

Au reſte, il eſt clair que dans un différend entre deux Citoyens d'un même Etat, l'Arbitre ne peut juger régulierement que ſelon les Loix Civiles auſquelles les Parties ſont ſoumiſes l'une & l'autre. Mais lorſque les Parties ne reconnoiſſent point ici-bas de Tribunal commun, l'Arbitre doit ſe régler ſur le (3) Droit Naturel; à moins que les Parties n'ayent conſenti elles-mêmes de ſe conformer aux Loix Poſitives de quelque Etat.

Si les Arbitres doivent prononcer ſur le *Poſſeſſoire?*

(a) *Ubi ſuprà*, §. 48.

§. VI. Le même Auteur (a) remarque encore, que les Arbitres nommez par des Puiſſances Souveraines doivent prononcer ſur le *Pétitoire*, ou ſur l'affaire principale, & non pas ſur le *Poſſeſſoire*; car, dit-il, *les Jugemens ſur le Poſſeſſoire ne ſont que de Droit Civil: & le Droit de poſſeder ſuit la Proprieté, par le Droit des Gens.* J'avoue que ſelon les maximes du Droit de la Nature & des Gens, il ne paroît pas néceſſaire

(6) Le Droit Romain accorde en ce cas-là l'exception de Dol. *Arbitrorum ex compromiſſo ſententiæ non obtemperans, ſi ſordes vel evidens gratia eorum, qui arbitrati ſunt, interceſſit; adverſus filiam tuam agentem ex ſtipulatu, exceptione doli mali uti poteris.* Cod. Lib. II. Tit. LVI. *De receptis Arbitris*, Leg. III.

(7) *In impari enim numero idcircò compromiſſum admittitur, non quoniam conſentire omnes facile eſt, ſed quia, etſi diſſentiant invenitur, pars major, cujus arbitrio ſtabitur.* Digest. Lib. IV. Tit. VIII. *De receptis*, &c. Leg. XVII. §. 6.

§. V. (1) C'eſt ce que dit expreſſément l'Empereur Constantin, dans cette Loi que Mr. Hertius cite ici. *Inter æquitatem juſque interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet, & licet inſpicere.* Cod. Lib. I. Tit. XIV. *De Legibus*, &c. Leg. I. Voyez le Chap. précedent, §. 21. *Note* 5.

(2) *Semper in obſcuris, quod minimum eſt, ſequimur.* Digest. Lib. L. Tit. XVII. *de div. Reg. Jur.* Leg. IX.

(3) Voyez ce que j'ai dit au ſujet des diſputes pour la Succeſſion à une Couronne; ſur Grotius, Liv. II. Chap. VII. §. 11. *Note* 5.

que celui qui a été dépoſſedé ſoit d'abord remis en poſſeſſion avant que l'on ait pris connoiſſance de l'affaire ; ſurtout ſi la Cauſe peut être jugée en peut de tems. Mais cela n'empêche pas, à mon avis, qu'en pluſieurs différends un Arbitre ne doive commencer par examiner qui eſt le Poſſeſſeur, pour ſçavoir laquelle des deux Parties eſt obligée à prouver (1). En effet c'eſt au Demandeur à expoſer clairement ſes prétenſions & ſes raiſons : mais le Poſſeſſeur n'a autre choſe à faire que de les réfuter ; ſi ce n'eſt que quelquefois il eſt bon du moins par ſurabondance de droit, de juſtifier depuis quand & à quel titre on poſſede. Il ne faut pourtant pas que les Arbitres ſe contentent de prononcer ſur la Poſſeſſion : car ce n'eſt guéres pour cela ſeul qu'on en vient à un Arbitrage, la choſe étant d'ordinaire aſſez évidente ; mais afin que l'affaire principale ſoit terminée, enſorte que déſormais il ne reſte plus là-deſſus aucun ſujet de conteſtation. Que ſi une fois on eſt entré dans la diſcuſſion de l'affaire principale, le Droit Naturel veut ſans contredit, que l'on ne change rien à l'état des choſes juſques à ce que la Sentence ſoit prononcée, & que ſi le Demandeur ne fait pas voir alors la juſtice de ſes prétenſions, on décide en faveur du Poſſeſſeur.

Des *Médiateurs de la Paix.*

(a) Voyez *Guicciardin. Hiſt.* Lib. IV. où l'on examine la queſtion, ſi *Hercule*, Duc de *Ferrare*, doit faire les fonctions d'Arbitre ou de Médiateur entre les *Venitiens* & les *Florentins*, p. 219. & ſuiv. *Edit. de Geneve*, 1645.

§. VII. Il ne faut pas confondre avec les Arbitres proprement ainſi dits, (a) ceux que l'on appelle Mediateurs, qui voyant deux Princes, par exemple, ſur le point de ſe faire la guerre, ou déja aux mains actuellement, interviennent d'eux-mêmes, & tâchent de porter l'une & l'autre des Parties à quelque accommodement, ou par la conſidération qu'elles ont pour eux, ou par des raiſons, ou par des prieres. Cette médiation ſemble avoir pour principe un ſi louable motif, qu'il faudroit être bien ſauvage pour rebuter fierement ceux qui nous l'offrent, quand même on verroit qu'ils ont quelque relation particuliere avec l'Ennemi. Car outre qu'il dépend de chacun d'accepter ou non les propoſitions, ce ſont ordinairement des Amis qui en uſent ainſi, pour ne pas être réduits à épouſer la querelle de l'une ou de l'autre des Parties. En effet, on a ſouvent grand intérêt que la Guerre ne s'allume ou ne dure pas plus longtems entre deux Puiſſances, ſoit parcequ'il en voleroit quelques étincelles dans nôtre Païs, ſoit à cauſe qu'il eſt dangereux pour nous que ces deux Puiſſances, ou l'une des deux ſeulement, ſoient ruïnées ou affoiblies. En ce cas-là, nôtre propre conſervation demande que nous travaillions ſérieuſement à étouffer de bonne heure le feu qui s'eſt pris chez nos Voiſins. Et quand même on n'y auroit point d'intérêt particulier, le bien de la Paix en general veut que chacun faſſe tout ce qui lui eſt poſſible pour mettre d'accord ceux qui ont enſemble quelque querelle. La juſtice de ce Devoir eſt ſi ſenſible, que l'Alcoran, d'ailleurs ſi plein de choſes extravagantes, le preſcrit aux Diſciples de *Mahomet* : car on y trouve (b) que ſi deux Nations ou deux Provinces de *Muſulmans* ſont en guerre, il faut que toutes les autres s'uniſſent pour les accommoder, pour obliger celle qui a tort à faire ſatisfaction à l'autre Partie. A combien plus forte raiſon les *Chrétiens* doivent-ils travailler avec ardeur à reconcilier les eſprits, & à terminer les différends de leurs Prochains ?

(b) Cap. *de clauſtris.*

Il eſt certain que pluſieurs Princes intéreſſez à la pacification d'un démêlé, peuvent

§. VI. (1) *Exitus controverſiæ poſſeſſionis hic eſt tantùm, ut priùs pronunciet Judex, uter poſſideat : ita enim fiet, ut is, qui victus eſt de poſſeſſione, petitoris partibus fungatur, & tunc de domino quæratur.* Digest. Lib. XLI. Tit. II. *De adquirenda vel omittenda poſſeſſione*, Leg. XXXV. D'ailleurs, comme il y a quelquefois de grandes préſomptions en faveur de l'une des Parties, l'Equité veut, que ſi elle a été, par exemple, dépoſſedée par une injuſte violence, on la remette d'abord en poſſeſſion, ſans attendre la diſcuſſion du *Pétitoire*, qui peut être longue & embarraſſée, & afin que, pendant ce tems-là, le Detenteur ne jouïſſe pas paiſiblement des fruits de ſa violence, & des avantages de la poſſeſſion. Voyez Mr. Titius, *Obſerv. in Lauterbach.* Obſ. 1081.

travailler de concert à y mettre fin, & régler d'un commun accord juſqu'où il ſera permis à chacun d'entr'eux de ſe mêler dans cette querelle. Bien entendu néanmoins qu'aucun d'eux ne ſe trouve déja engagé par quelque Traité particulier à ſecourir l'une des Parties, au cas que l'on en vienne aux mains : car une Promeſſe ne ſauroit être ni annullée, ni reſtreinte, par une Convention poſtérieure avec un tiers. Rien n'empêche non-plus qu'après avoir bien examiné les prétenſions reſpectives de part & d'autre, on ne dreſſe enſemble des Articles de Paix, ſelon ce qui paroît le plus juſte & le plus raiſonnable, pour le propoſer aux Puiſſances qui ſont en guerre, leur déclarant en même tems, que ſi l'une d'elles refuſe de faire la Paix à ces conditions, on prendra le parti de l'autre qui les aura acceptées (c). Par-là on ne ſe rend nullement Arbitre des deux Parties malgré elles, & l'on ne s'attribue pas le droit de décider leur différend avec autorité ; ce qui ſeroit contraire à l'indépendance de l'Etat de Nature. On ne leur fait pas non-plus cette propoſition d'une maniere à prétendre qu'elles ſoient abſolument tenuës d'y acquieſcer. Mais comme par le Droit Naturel chacun peut joindre ſes armes à celles d'un autre à qui il croit que l'on fait du tort, ſurtout lorſqu'il craint qu'il ne lui en revienne du mal à lui-même, on temoigne par-là manifeſtement un amour ſincere de la Paix & de l'Equité, en ce que l'on ſouhaite d'accommoder les autres à des conditions raiſonnables, & qu'on ne veut point prendre les armes contre ceux qui refuſent nôtre médiation, avant que d'avoir tenté cette voye de douceur, qui eſt d'autant plus louable, qu'elle peut aiſément prévenir ou terminer des Guerres ſanglantes. Cependant ceux qui veulent intervenir en qualité de Médiateurs, doivent bien ſe ſouvenir de la réflexion que fait un Hiſtorien Latin au ſujet de la ville de *Marſeille* : (1) *Elle ſe rendit mal à propos*, dit-il, *l'arbitre pour ainſi dire, du parti le plus fort* (c'eſt-à-dire, de celui de *Ceſar*) ; *à quoi on ne doit s'expoſer que quand on eſt en état de réprimer ceux qui s'obſtinent à continuer la Guerre.*

(c) Voyez *T. Live*, Lib. XLIV. Cap. XIX *in fin.* & *Juſtin.* Lib. VI. Cap. VI. num. 1.

Comment doit s'y prendre un Arbitre, lorſque les Actes ſur leſquels il faudroit prononcer ſe trouvent perdus?

§. VIII. POUR ce qui regarde la maniere de plaider & de juger une Cauſe portée devant des Arbitres, le Bon-Sens ſeul découvre aſſez comment il faut s'y prendre ſelon la nature des affaires. Ainſi il ſeroit ſuperflu de s'arrêter ici à faire voir comment les Parties doivent expoſer leurs prétenſions & leurs preuves ; comment il faut former l'état de la queſtion ; comment l'Arbitre doit prononcer après avoir examiné les raiſons de part & d'autre, &c. Il faut remarquer ſeulement que quand l'une des Parties ne peut prouver ce qu'elle avance que par des Actes qui ſe trouvent perdus, l'Arbitre n'a d'autre expédient à prendre que celui de déferer le Serment à cette Partie, (1) avec le conſentement de l'autre. Je dis *avec le conſentement de l'autre* : car autrement dans l'état de la Liberté Naturelle, perſonne n'eſt obligé, à mon avis, de remettre ſes droits à la conſcience de ſa Partie. Il eſt permis auſſi aux Parties de s'en rapporter d'un commun accord à la déciſion du Sort, ou de vuider l'affaire par (2) un Duel, comme cela ſe pratiquoit autrefois parmi pluſieurs Peuples. Du reſte, (3) la perte des Actes néceſſaires à la juſtification d'un fait, ne diminue rien par elle-même du droit de celui en faveur de qui ils avoient été paſſez : tout ce qu'il y a, c'eſt que devant les Tribunaux Civils on implore en vain l'autorité du Juge, lorſqu'on n'a pas en main dequoi faire voir

§. VII. (1) *Feſtinationem itineris ejus*, [Cæſaris] *aliquandiu morata Maſſilia eſt, fide melior, quam conſilio prudentior : intempeſtivè principalium armorum arbitria captans, quibus ii ſe debent interponere, qui non parentem coërcere poſſunt.* VELLEIUS PATERCULUS, *Lib.* II. *Cap.* L. num. 3. Voyez la Diſſertation de BOECLER, intitulée, *Quies in turbis*, qui eſt la XXXIV. du I. Tome, page 996, *& ſeqq.*

§. VIII. (1) Voyez ci-deſſus, Liv. IV. Chap. II. §. 21.

(2) Voyez ci-deſſous, Liv. VIII. Chap. VIII. §. 5. & GROTIUS, Liv. II. Chap. XXIII. §. 10.

(3) Voyez ci-deſſus Liv. III. Chap. VI. §. 16.

(a) Voyez *Coneſtagius, de unione Luſitaniæ*, Lib. V. pag. 222. & *Quintil.* Declam. CCCXII.

ſon droit. Mais dans l'Etat de Nature, il ſuffit que l'on en ſoit bien aſſuré ſoi-même, pour pouvoir légitimement le maintenir & s'en faire raiſon comme on le juge à propos, quand même celui par rapport auquel on a acquis ce droit, (4) le nieroit fortement (a).

* Des *Témoins*.

(a) Voyez-en un exemple remarquable dans *Sueton.* in Galba, *Cap. VII. in fin.*

§. IX. * Les Arbitres, auſſi-bien que les Juges, doivent tenir la balance égale, lorſque ſans qu'il y ait aucun Serment de l'une ou de l'autre Partie, elles ſoutiennent toutes deux précíſément le contraire, en matiere d'une choſe de fait; c'eſt-à-dire, qu'ils ne doivent en croire ni l'une ni l'autre, mais bien examiner les (a) indices, les raiſons, & les pieces ou les actes authentiques qui peuvent ſervir à découvrir la verité. Que ſi tout cela ne ſuffit pas, il faut prononcer ſur la dépoſition des Temoins, qui eſt une preuve (1) de moindre force.

(b) Voyez *Ovid. Triſt.* Lib. III. Eleg. X. verſ. 35, 36. & *Lex Wiſig.* Lib. II. Tit. IV. Cap. XII.

(c) *Ariſtot.* Politic. Lib. II. Cap. VI. traite de *Loi inſenſée* une coûtume contraire des *Cyméens*.

(d) *Plutarque*, dans la Vie de *Romulus*, pag. 25. B. Tom. I. *Edit. Wech.* Voyez *Lex Wiſig.* Lib. V. Tit. VII. Cap. XI.

Un Témoin doit être dans des ſentimens d'une ſi grande indifférence par rapport aux deux Parties, (b) qu'on n'ait pas lieu de craindre qu'il ſacrifie ſa Conſcience à la Faveur, à la Haine, à un déſir de Vengeance, ou à quelque autre Paſſion. Comme donc une Partie peut recuſer les Parens (c) & les Amis de l'autre; celle-ci de ſon côté peut recuſer ſes (2) Ennemis déclarez. C'eſt même quelquefois par un principe d'Humanité qu'on n'eſt pas reçu à dépoſition dans l'affaire d'un Parent, pour n'être pas réduit à la dure néceſſité, ou de porter témoignage contre une perſonne que l'on aime, ou d'être tenté de trahir en ſa faveur ſa propre Conſcience. De là vient encore que parmi les (d) *Romains il n'y avoit ni Loi, ni Magiſtrat, qui pût obliger un Client à porter témoignage contre ſon Patron*, (3) *ni un Patron contre ſon Client.* Il n'y étoit (4) pas non-plus permis de mettre un eſclave à la queſtion, pour le contraindre à dépoſer contre ſon Maître; (5) non ſeulement par la raiſon dont j'ai parlé, mais encore parceque cela auroit expoſé les Maîtres à ſe voir trahis tous les jours par leurs Eſclaves.

La Loi de Moise veut qu'il y ait pour le moins deux Témoins (6) qui dépoſent

(4) Bien entendu qu'on ſçache certainement, ou qu'on ait du moins tout lieu de croire, qu'il le nie de mauvaiſe foi. Car s'il ignore abſolument le titre ſur lequel ſe fonde l'autre Partie qui n'a pas en main dequoi l'en convaincre, c'eſt tant pis pour celle-ci. Autrement il ne tiendroit qu'à une perſonne de demander à chacun ce qui lui plairoit, ſous prétexte qu'elle eſt perſuadée qu'on lui doit, & qu'il y en a eu de bons titres qui ſe trouvent perdus. Car comment lui prouveroit-on qu'elle parle contre ſa conſcience? Le cas, au reſte, peut arriver aiſément, quand il s'agit d'Héritiers à qui l'on demande quelque choſe comme ſe trouvant parmi les biens de l'Hérédité, ou comme duë en vertu d'une Obligation du Défunt. Voyez Grotius, Liv. II. Chap. XXIII. §. 11. *num.* 2.

§. IX. (1) Ἃ [τεκμήρια] κρείττω τῶν μαρτυρίων ἐστιν. Isæus, *Orat.* VII. page 504, 505. *Edit. Wech.* Voyez auſſi *Orat.* III. où il fait voir cela en matiere de Succeſſions; & Philon, ſur le *Décalogue*, pag. 764. A. *Edit. Pariſ.* comme auſſi *Lex* Wisigoth. Lib. II. Tit. IV. Cap. III. Toutes citations de l'Auteur.

(2) Dans la *Grande Bretagne* on ne recevoit pas autrefois le témoignage d'un *Anglois* contre un *Ecoſſois*, ni d'un *Ecoſſois* contre un *Anglois*, à cauſe de la haine irréconciliable de ces deux Nations. Voyez de Thou, Liv. L. Cambden, ſur l'an 1585. ſoûtient, que cette coûtume n'avoit lieu que vers les frontieres des deux Royaumes. Cette remarque eſt de l'Auteur.

(3) Voyez encore ici Aulu-Gelle, *Noct. Attic.* Lib. V. Cap. 13. & la *Moſaïcarum & Roman. Legg. Collat.* Tit. IX. §. 3. avec la Note de Pithou.

(4) Il y avoit pourtant certains cas exceptez, tant pour le criminel que pour le civil. Voyez là-deſſus les *Probabilia Juris* de Mr. Noodt, Lib. III. Cap. V. VI. Voyez auſſi les Interprêtes ſur Ciceron, *Orat. pro Milone*, Cap. XXII.

(5) Voyez la Harangue de Ciceron, pour *Déjotarus*, Cap. XI. Lucien, *in Aſin.* Tome II. p. 89. *Edit. Amſt.* Lysias, Orat. *de ſacra olivæ trunco*; Plaut *Bacchid.* Act. IV. Scen. VI. verſ. 20, 21. Isocrat. *Trapezitic.* ſub fin. *page* 369, 370. *Edit. H. Steph.* Aristot. *Rhetoric. ad Alexandr.* Cap. XVII. Gabriel *Sionita, de urbibus & moribus Orientalium*, Cap. III. L'Auteur citoit encore ici, *Lex* Wisigoth. Lib. V. Tit. IV. Cap. XIV. Lib. III. Tit. IV. Cap. X. Lib. VI. Tit. IV. Cap. III. *Capitul.* Carol. Lib. VII. Cap. CCLXXX. *Edictum Regis* Theodorici, Cap. XLVIII. XLIX. CI.

(6) Nombres, XXXV, 30. Deut. XVII, 6. XIX. 15. C'eſt la régle du Droit Romain: *Et nunc manifeſtè ſancimus, ut unius omnino teſtis reſponſio non audiatur, etiamſi præclaræ Curiæ honore præfulgeat.* Cod. Lib. IV. Tit. XX. *De teſtibus*, Leg. IX. §. 1. Voyez auſſi Digest. Lib. XLVIII. Tit. XVIII. *De quæſtionibus*, Leg. XX. Parmi les *Maures*, il ſuffit aujourd'hui d'avoir la dépoſition de deux perſonnes d'honneur & de probité; mais ſi les témoins ſont ſuſpects, il en faut douze; parcequ'on s'imagine que le témoignage de douze perſonnes, quelles qu'elles ſoient, eſt auſſi digne de foi que celui de deux perſonnes les plus honnêtes gens du monde. Chez les Turcs, la dépoſition d'une perſonne qui a été en pélérinage à la *Mecque*, vaut celle de trois autres Témoins. Christ. Richerius, *de morib. Turcarum.* Parmi les *Juifs*, un ſeul témoin ſuffiſoit contre

dans une affaire : & ce réglement eſt très-conforme à la Raiſon ; car outre qu'un ſeul homme peut ſe tromper ou mentir, ou ſe laiſſer corrompre plus aiſément que pluſieurs ; un Juge habile découvrira ſouvent l'impoſture des Témoins, en les interrogeant chacun à part, au lieu qu'il eſt facile à un ſeul de ſe tenir ſur ſes gardes, & de ne pas ſe couper. J'avoue que par ce moyen quelques Crimes échappent à la vengeance des Tribunaux Humains, & qu'une bonne cauſe ſe perd quelquefois, parcequ'il n'y a qu'un ſeul Témoin. Mais cet inconvénient eſt moindre que celui auquel on ſeroit expoſé, ſi les Biens & la Vie de chacun dépendoient de l'habileté à mentir, & de l'effronterie d'un Scélérat : car il vaut mieux ſans contredit qu'un petit nombre de Coupables ne ſoient pas punis, que ſi pluſieurs Innocens étoient injuſtement condamnez (f). On peut voir dans le DIGESTE (g) les autres choſes qu'il faut obſerver dans l'uſage des Témoins. Ajoûtons que la dépoſition d'un ſeul Témoin oculaire eſt de plus grand poids, (7) que celle de dix qui ne parlent que par ouï-dire, & qu'ainſi on ne doit avoir aucun égard au témoignage de ceux qui dépoſent ſur la foi d'autrui (8).

Comme l'on fait prêter ſerment aux Témoins, la ſainteté de cet acte forme en leur faveur une très-forte préſomption de la vérité de ce qu'ils dépoſent. Cependant, à ne conſidérer que le Droit Naturel, rien n'empêche que, malgré leur ſerment, on ne puiſſe être reçu à les convaincre de faux témoignage ; & en ce cas-là le Jugement fondé ſur leur dépoſition, tombe (9) de lui-même, comme le portoit autrefois une (h) Loi d'*Athénes* qui donnoit action de *Faux-témoignage*. Mais il ſeroit abſurde de permettre à celui contre qui les Témoins ont dépoſé avec ſerment, de renverſer ce témoignage en jurant lui-même qu'il eſt faux : car outre que par-là on donneroit occaſion à une infinité de parjure, l'oppoſition de ces deux Sermens laiſſeroit l'affaire auſſi obſcure qu'auparavant (i).

(e) Voyez *Plin.* Hiſt. Nat. Lib. VIII. Cap. XXII. *Suſanne*, verſ. 51.

(f) Voyez *Valer. Max.* Lib. IV. Cap. I. §. 10, 11.

(g) Lib. XXII. Tit. V. *De teſtibus*, Leg. II. III. *princip.* §. 1, 2, 3, 4. IV. V. IX. XIV. XXI. XXIII. XXIV. Voyez ci-deſſus Liv. III. Chap. VI. §. 16.

(h) Voyez *Démoſthéne*, Orat. *in Euerg.* init. & ailleurs. Voyez auſſi *Platon de Legib.* L. XI. *circa fin.* pag. 937. C. D. *Edit. H. Steph.*

(i) Voyez *Hebr.* VI, 16. D'où il paroît combien eſt abſurde ce que porte l'*Alcoran*, Cap. *de Lumine*, au ſujet d'une Femme que ſon Mari accuſe d'Adultere.

un Deſcendant de *Noé*, à ce que rapporte SELDEN, *De Jur. Nat. & Gent. ſecundum diſcipl. Hebræor.* Lib. VII. Cap. VI. GROTIUS remarque auſſi ſur DEUTERON. XIX. 16. qu'un ſeul Témoin ne ſuffiſoit pas à la verité pour autoriſer une Condamnation de l'Accuſé, mais qu'il y en avoit là aſſez pour prendre des Informations : comme auſſi pour obliger l'Accuſé à ſe purger par Serment. Tout ceci eſt de l'Auteur. Sur les dernieres exceptions GROTIUS cite MOÏSE *Fils de Maimon*, célébre Rabbin. Notre Auteur diſoit, un peu plus bas, ſans citer perſonne, que chez les *Juifs*, les Témoins devoient être de bonne renommée, & qu'on ne recevoit point à dépoſition, ni les inſenſez, ni les Enfans avant l'âge de treize ans ; ni les Larrons, quoiqu'ils euſſent reſtitué ce qu'ils avoient pris ; ni ceux qui vivent du Jeu ; ni les Péagers, qui exigent plus qu'ils ne doivent ; ni les Gardeurs de Chévres ; ni toute autre perſonne qui faiſoit des choſes pour leſquelles elle méritoit d'être battuë. Tout ceci eſt tiré mot-à-mot de GROTIUS, *Note in* DEUTERON. XVII. 6.

(7) *Pluris eſt oculatus teſtis unus, quàm auriti decem.* PLAUT. *in Truculent.* Act. II. Scen. VI. verſ. 8.

(8) C'eſt ce qui s'obſerve, au jugement de PHILON, dans les Etats bien policez. Οὗ χάριν καὶ παρὰ τοῖς ἄριστα πολιτευομένοις ἀναγέγραπται νόμος· ἀκοῇ μὴ μαρτυρεῖν, ὅτι φύσει τὸ δικαστήριον αὐτῆς πρὸς τὸ δεκάζεσθαι ταλαντεύει. *De confuſione linguarum*, *page* 340. B. C. *Edit. Pariſ.* L'Auteur citoit encore le Traité du même Philoſophe Juif, *De Judice*, page 719. C. & ce que dit LUCIEN, Qu'on doit moins ſe fier aux Oreilles qu'aux yeux : Ὦτα γὰρ τυγχάνει ἀνθρώποισιν ἐόντα ἀπιστότερα ὀφθαλμῶν. De Domo, *Tome* II. page 460. *Edit. Amſt.* Il pouvoit ajoûter, que c'eſt un mot d'HERODOTE, Lib. I. Cap. 8. Comme auſſi LUCIEN le donne à ce fameux Hiſtorien.

(9) Cela avoit lieu auſſi, par le Droit Romain, pourvû qu'il parût que la Sentence étoit fondée ſur la fauſſe dépoſition. Voyez COD. Lib. VII. Tit. VIII. *Si ex falſis Inſtrumentis, vel Teſtimoniis, judicatum ſit* ; DIDIER HERAULD, *De auctorit. Rerum Judicat.* Lib. I. Cap. IV. §. 7. Mais le même Droit donnoit ici plus de force au ſerment, dans un autre cas où il auroit dû en avoir moins ; car ſi le Parjure d'un tiers non intereſſé annulle une Sentence, à plus forte raiſon celui de la Partie même devroit-il l'annuller. Et cependant on établit ici une Régle toute contraire ; car une Partie pouvoit à la verité revenir d'une Condamnation fondée ſur un Serment de l'autre Partie, que le Juge de ſa ſeule autorité avoit fait jurer : mais lorſque l'une des Parties avoit elle-même déferé le Serment à l'autre, ou qu'elles y avoient conſenti toutes deux ; le Parjure découvert n'ouvroit point de voye légitime à la révocation du Jugement. *Cauſſâ jurejurando, ex conſenſu utriuſque partis, vel adverſario inferente, delato & præſtito, vel remiſſo, deciſa, nec perjurii prætextu retractari poteſt*, &c. COD. Lib. IV. Tit. I. *De Rebus Credit. & Jurejurando*, Leg. I. Voyez auſſi DIGEST. Lib. XII. Tit. II. Leg. XXXI. & le Commentaire de Mr. NOODT, page 288. *& ſeqq.* On trouvera auſſi la Queſtion traitée avec toute l'éloquence de feu Mr. DE TOURREIL, *Eſſais de Juriſprudence*, Queſt. XIII.

*De l'execution de la Sentence.*

§. X. A L'EGARD de *l'execution de la Sentence*, je n'ai pas grand choſe à ajoûter. Dans l'Etat de Nature, il eſt permis à chacun lorſque les autres ne s'acquittent pas volontairement envers lui de ce qu'ils lui doivent, de ſe faire raiſon lui-même par les voyes de la Force, ou ſeul, ou avec le ſecours de ſes Alliez. Ce n'eſt pas ici le lieu d'expliquer comment & juſqu'où l'on peut maintenir ſes droits de cette maniere, nous en traiterons au Chapitre de la Guerre. Il faut ſeulement remarquer ici que l'on devient maître de la choſe ajugée par les Arbitres, non ſeulement lorſqu'on en prend poſſeſſion, de quelque maniere que ce ſoit; mais encore lorſqu'au défaut de cette choſe on ſe ſaiſit d'une autre qui vaut autant, y compris les frais qu'il a falu faire pour l'avoir : car, comme le dit (a) GROTIUS, *toutes les fois que la Juſtice Explétrice ne peut obtenir préciſément ce qui eſt dû, elle ſe nantit de l'équivalent, qui moralement parlant, eſt regardé comme la choſe même dont il tient lieu.* On peut dire encore, que quand une perſonne doit quelque choſe à une autre, ou parcequ'elle s'y eſt engagée par Contract, ou parcequ'elle a entre ſes mains ce qui lui appartient, ou parcequ'elle lui a fait quelque injure, ou cauſé quelque dommage; tous ſes biens ſont naturellement hypothequez à celui envers qui elle eſt tenue, enſorte que ſi elle ne s'acquitte pas de la Dette en nature, l'autre peut ſe payer ou ſe dédommager ſur tout ce qu'il trouve moyen d'avoir. Et l'on n'eſt pas obligé de ſe contenter d'avoir comme en gage les choſes qu'on prend à la place de celle qui nous eſt dûë; car, outre que ſouvent ces choſes-là ſeroient à charge ſi l'on ne pouvoit en diſpoſer abſolument, ce ne ſeroit pas être payé, que d'avoir ſimplement la garde d'une choſe, au lieu d'une autre que l'on devoit recevoir en propre. Mais il ne faut pas manquer de déclarer à quel deſſein on ſe ſaiſit des biens de ſon Débiteur, ſi c'eſt pour les prendre en payement, ou ſeulement afin de les garder, & d'obliger par-là le Débiteur à nous payer au plûtôt. L'Equité demande même quelquefois, qu'après s'être approprié les biens du Débiteur, on lui donne le choix ou de nous les laiſſer, ou de les reprendre en nous payant ce qu'il nous devoit. On voit bien, au reſte, que cette maniere d'executer une Sentence n'a lieu que dans l'état de la Liberté Naturelle, (b) & qu'elle eſt incompatible avec la nature du Gouvernement Civil (1).

(a) Liv. II. Chap. VII. §. 2.

(b) Voyez *Digeſt.* Lib. XLI. Tit. II. *De adquir. vel amitt. poſſ.* Leg. V. Lib. XLVII. Tit. VIII. *De vi bonorum raptorum*, &c. Leg. II. §. 18. Lib. IV. Tit. II. *Quod metus cauſa*, &c. Leg. XIII. Lib. XLVIII. Tit VII. *ad Leg. Jul. de vi privata*, Leg. VII. VIII.

§. X. (1) Voyez GROTIUS, dans l'endroit cité plus haut en marge, avec les Notes ſur ce paragraphe.

BIBLIOTHEQUE ROYALE

*Fin du Tome Second.*